

PROBLEM VRAĆANJA PODUZEĆA STEČENOG NA TEMELJU NIŠTAVOG UGOVORA O KUPOPRODAJI PODUZEĆA

Prof. dr. sc. Petar Miladin *

UDK 347.72.04

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: rujan 2010.

Danas više nije sporno da je poduzeće predmet pravnog i poslovnog prometa, no obrisi, tj. posebnosti tog predmeta još nemaju sasvim precizne konture. Posebnosti poduzeća kao predmeta pravnog prometa dolaze do izražaja prilikom njegova prijenosa, ali i prilikom njegova vraćanja prenese li ga se ništavim ugovorom o kupoprodaji, zakupu ili darovanju poduzeća. U radu se raspravlja o tome kad na temelju čl. 323. st. 1. i čl. 1111. st. 1. Zakona o obveznim odnosima poduzeće stečeno ništavim ugovorom o kupoprodaji poduzeća treba vratiti in natura, a kad umjesto toga treba vratiti vrijednost postignute koristi. Brani se teza da puka mogućnost vraćanja stvari u sastavu poduzeća vindikacijom nije sama po sebi dovoljna kako bi se opravdalo vraćanje tih stvari, pa primjereno tome i poduzeća in natura. Nemogućnost vraćanja poduzeća kao razlog zbog kojeg više nije moguće vraćanje in natura treba, naime, vezati uz poduzeće kao poseban predmet pravnog prometa, a ne uz puke stvari i tražbine u sastavu poduzeća. Nastoji se precizirati kad konkretno poduzeće stečeno na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća nije moguće vratiti in natura, pa umjesto toga treba vratiti vrijednost postignute koristi. Posebna pažnja posvećuje se problemu vraćanja dobiti namaknute vođenjem poduzeća stečenog na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća.

Ključne riječi: poduzeće, pogon, asset deal, neopravdano obogaćenje, ništavost

I. UVOD

U novije vrijeme sve učestalije susrećemo se s poduzećem kao posebnim predmetom pravnog i poslovnog prometa.¹ Osim toga, općenito raste broj *asset*

* Dr. sc. Petar Miladin, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

¹ Više o poduzeću i o njegovu etabliranju u sustavu domaćeg privatnog prava vidi u:

deal sporazuma te trgovina pogonom kao dijelom poduzeća, a i ti pravni i poslovni fenomeni u najvećoj mjeri dijele pravnu sudbinu ugovora o kupoprodaji i zakupu poduzeća u najmanju ruku stoga što je uvijek prisutan problem njihova razgraničenja prema ugovorima o kupoprodaji poduzeća.² *Asset deal* podrazumijeva, naime, prodaju samo pojedinih skupina poslovanja u okviru jedinstvene kategorije poduzeća i preporučljivo ga je sklupati kani li kupac suziti rizike u koje se upušta, posebice ako teško može sagledati ukupne prodavateljeve obveze, pa stoga odluči preuzeti samo dio tih ukupnih obveza. Sužavanje rizika tog tipa nailazi, međutim, na određena ograničenja. Nije, primjerice, dopušteno isključiti ili ograničiti odgovornost kupca poduzeća, tj. pogona s naslova odredbe čl. 29. Općeg poreznog zakona. Nije, također, dopušteno isključiti obveze koje se tiču zaštite okoliša ako *asset deal* obuhvaća prijenos nekretnine uz koju se vežu ti posebni ekološki rizici.³ Prodavatelj može, doduše, obveznopravnom pogodbom osloboditi kupca tih obveza, no taj sporazum ne proizvodi učinke prema vjerovnicima s naslova spomenutih tražbina. Pritom treba imati u vidu odgovornost kupca poduzeća, tj. pogona i s naslova odredbe čl. 102. Zakona o obveznim odnosima.

Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2006., str. 212 i dalje.

O problemu vraćanja poduzeća sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava vidi Ballerstedt, K., *Das Unternehmen als Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs in Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht*, Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin, 1973., str. 289; Schwintowski, H.-P., *Das Unternehmen im Beireicherungsaußgleich*, 12/1987 JZ, str. 588; Schöne, T., *Das rechtsgrundlos erlangte Unternehmen - Herausgabe oder Wertersatz?*, ZGR 1/2000, str. 86 i dalje; Schmidt, K., *Das Unternehmen als Gegenstand eines Konkursanfechtungsanspruchs*, BB 1988, str. 5; Trendelenburg, H., *Asset-Deal-Kaufverträge – Der Bestimmtheitsgrundsatz bei der Übertragung von Vermögensgegenständen, Verbindlichkeiten und Verträgen*, MDR 23/2003, str. 1329; Koppensteiner, H.-G., Kramer, E. A., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2. izdanje, Berlin, 1988.; Lorenz, K., Canaris, C. W., *Lehrbuch des Schuldrechts*, zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, 13. potpuno izmijenjeno izdanje, München, 1994, § 67 – § 74; Lorenz, W., u: Horn, N. (ured.), *Staudinger Kommentar zum BGB zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 812 – 822, Berlin, 1999.; Lorenz, S., u: Horn, N. (ured.), *Staudinger Kommentar zum BGB zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 812 – 822, Berlin, 2007.

Općenito o pojmu poduzeća u njemačkom pravu vidi Canaris, C. W., *Handelsrecht*, 24. potpuno prerađeno i dopunjeno izdanje, München, 2006.; Schmidt, K., *Handelsrecht*, 5. izdanje, Berlin, 1999.

² O *asset dealu* u smislu prodaje samo pojedinih skupina poslovanja, a ne čitavog poduzeća, odnosno pogona, vidi u: Trendelenburg, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1329. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 234, izjednačava *asset deal* s kupoprodajom poduzeća.

³ U tom smjeru i Trendelenburg, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1330.

Porast spomenutih transakcija rezultat je prodora suvremenih tehnologija u područje prakse ugovaranja te iskorištavanja sve donedavno neslučenih mogućnosti privatnopravne dispozitivnosti koja je sve većim očekivanjima sudionika obveznih odnosa ponudila poduzeće te “ukupnost stvari” – *universitas rerum* – kao poseban predmet pravnog i poslovnog prometa. Suvremene tehnologije omogućuju da se u nevjerojatno kratkim rokovima zatvori ugovorna konstrukcija mešetarenja iznimno kompleksnim privatnopravnim tvorinama poput poduzeća, pogona ili nekog *universitas rerum*. Porast *asset deal* sporazuma i ugovora o kupoprodaji poduzeća počiva i na kupčevim poreznim prednostima s obzirom na to da on može računovodstveno otpisivati pojedine predmete imovine koje je pribavio kupivši poduzeće/pogon. Preporučljivo je ugovorima o kupoprodaji poduzeća/pogona alocirati kupovnu cijenu na pojedinačne predmete imovine pribavljene kupnjom poduzeća/pogona. Porezne vlasti nisu doduše dužne uvažiti ta stajališta ugovornih strana o alokaciji, no one će ih u pravilu barem djelomično uzeti u obzir.⁴

Poduzeće kao samostalan predmet ugovora odražava posebnosti naspram stvari, prava i tražbina kao klasičnih, uvriježenih predmeta ugovora. Poduzeće je utoliko privatnopravna potencija klasičnih predmeta, sastavnica imovine. Ono nije puka suma stvari i drugih dijelova imovine koje u slučaju ništavosti ugovora o kupoprodaji poduzeća treba vratiti svaki za sebe, nego je riječ o ustrojenoj cjelini, živoj organizaciji, koja je radi ostvarivanja gospodarske djelatnosti svojeg nositelja privatnopravno kadra privući, pa zatim i okupiti nositeljeve stvari i prava – ali i njegova nematerijalna dobra, kao i *good will* – i na koncu izrasti u sasvim posebnu kategoriju pravnog i poslovnog prometa.⁵ Posrijedi je živa organizirana, ustrojena gospodarska i pravna cjelina – supstanca, putem koje poduzetnik kao nositelj poduzeća nastupa u obveznim odnosima.⁶ Sadržaj poduzeća kao jedinstvene, posebne pravne kategorije sasvim jasno korigira i nadopunjuje uvriježeno shvaćanje stvarnopravnog načela specijalnosti, određenosti – konkretnosti, pojedinog objekta pravnog i poslovnog prometa.

Poduzeće, kao nesporno pravno zaštićenu pravnu cjelinu, treba prenijeti tako da se svaki pojedini predmet – pokretnina, nekretnina, tražbina, pravo, pravo industrijskog vlasništva, vrijednosni papir, poslovni udio – u sastavu po-

⁴ U tom smjeru i Trendelburg, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1330.

⁵ U tom smislu sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava i uz navođenje odgovarajuće njemačke sudske prakse vidi Schwintowski, H.-P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 588.

⁶ Tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 221.

duzeća prenese na način kako je to inače potrebno učiniti kad se zasebno prenosi taj pojedini predmet.⁷ Pravila o vraćanju poduzeća ovise o tome je li ugovor o prijenosu poduzeća ništav ili je, pak, raskinut. Poduzeće će se tako vratiti s naslova odredbe čl. 368. ZOO-a daruje li ga se pa se zatim ugovor o darovanju raskine zbog daroprimčeve grube nezahvalnosti; čl. 494. ZOO-a upućuje u tom smislu na odredbu čl. 368. ZOO-a. Ugovori o kupoprodaji poduzeća obično stoga isključuju kupčevo pravo raskinuti ugovor o kupoprodaji nakon što se poduzeće faktično prenese na kupca.⁸ Ugovornim pogodbama nije, međutim, ni u kojem slučaju dopušteno otkloniti primjenu pravila o neopravdanom obogaćenju dođe li do faktičnog prijenosa poduzeća s naslova nekog nevaljanog ugovora.⁹ Temeljni je problem treba li poduzeće stečeno bez osnove vratiti *in natura* – tako da se svaki pojedini predmet (pokretnina, nekretnina, tražbina, pravo, pravo industrijskog vlasništva, vrijednosni papir, poslovni udio) u sastavu poduzeća vrati na način kako je to inače potrebno učiniti kako bi ga drugi valjano stekao – pokretnine predajom, nekretnine uknjižbom na temelju vindikacije, prava i tražbine cesijom na temelju ugovora kojim se preuzima obveza njihova prijenosa ili, pak, dužnik vjerovniku tada treba s naslova pravila o neopravdanom obogaćenju naknaditi vrijednost postignute koristi u smislu odredbe čl. 323. st. 1. i čl. 1111. st. 1. ZOO-a. Problem vraćanja poduzeća nije sasvim sigurno nikakva masovna pojava, no dođe li ipak iznimno do toga, pojavljuju se krajnje zahtjevnja i složena pitanja.

Osobito treba raspraviti kako se s kondikcijskog i vindikacijskog stajališta razvijaju slučajevi nevaljanog prijenosa poduzeća, ponajprije raspolaganja poduzećem na temelju ništavih ugovora o kupoprodaji i zakupu poduzeća. Neopravdano obogaćenje ne može se zaobići pogode li osobito teški nedostaci tzv. *asset deal*. Uvijek kad iz bilo kojeg razloga izostane mogućnost vindikacije, kondikcija se nameće kao jedini mogući način otklanjanja nepravednih posljedica ništavosti. Težište i tada treba staviti na utvrđivanje što je moguće konkretnijih mjerila prema kojima se prosuđuje vraća li se u pojedinom slučaju poduzeće stečeno bez osnove *in natura*, ili se, pak, vraća tako da se naknadi vrijednost koristi postignute stjecanjem poduzeća bez osnove.

⁷ Tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 237.

⁸ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 87: kupčeva prava s naslova materijalnih nedostataka poduzeća sužena su obično na sniženje cijene i naknadu štete (vidi čl. 410. st. 1. ZOO-a). Ako ugovorom o kupoprodaji iznimno nije isključeno kupčevo pravo raskida, izjavi li se raskid pojavljuju se slična pitanja kao i kod vraćanja s naslova pravila o neopravdanom obogaćenju.

⁹ Tako i Holzapfel, H.-J., Pöllath, R., *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*, 8. izdanje, 1997., Rbr. 385.

Domaća sudska praksa nije se bavila problemom vraćanja poduzeća stečenog bez osnove. Vraćanjem poduzeća po pravilima o neopravdanom obogaćenju bavila se poredbena njemačka sudska praksa. Iskustva njemačke sudske prakse s tog su stajališta dragocjena, instruktivna, tim više što se tamo prisutne činjenične opise slučajeva može bez velike muke zamisliti i u našoj pravnoj praksi. Poučni su primjeri ugovora o kupoprodaji poduzeća koji nisu bili valjani jer je (sa stajališta hrvatskog prava!)¹⁰ prema odredbi čl. 185. i čl. 186. Obiteljskog zakona manjkalo prethodno odobrenje centra za socijalnu skrb. Tom primjeru odgovara slučaj kad jedan bračni drug bez suglasnosti drugog otuđuje poduzeće koje pripada njihovoj bračnoj stečevini. Za poduzimanje tog nesporno izvanrednog posla potrebna je sukladno odredbi čl. 251. OZ-a – *argumentum a contrario* – suglasnost obaju bračnih drugova.¹¹ Pravila o vraćanju poduzeća ne mogu se zaobići raskine li se ugovor o kupoprodaji poduzeća zbog toga što kupac nije o dospijeću platio ugovorenu cijenu.¹² Ništava je sa stajališta čl. 8. st. 4. Zakona o zaštiti tržišne utakmice pogodba kojom se dva izdavača međusobno dogovaraju o tome kako će jedan drugome prepustiti na godinu dana pravo izdavanja svojih dnevnih novina, dok će mu drugi zauzvrat platiti ugovorenu godišnju naknadu.¹³ Takva ugovorna pogodba, koju susrećemo u predmetu BGH ZIP 1991, 420, očito krši prisilnopravno propisanu zabranu kartelnih dogovora i prema hrvatskom pravu. U tom slučaju bilo je sporno pod kojim je pretpostavkama kondikcijski dužnik obavezan vratiti vjerovniku popis pretplatnika na konkretne dnevne novine, odnosno je li on u tom slučaju umjesto vraćanja *in natura* bio obavezan vratiti vrijednost koristi koju je namaknuo tako što se neopravdano obogatio tuđim pravom osobnosti, odnosno vjerovnikovim popisom pretplatnika.¹⁴ Taj slučaj snažno svjedoči o tome kako je problem vraćanja prava osobnosti stečenog ništavim poslom veoma srodan problemu vraćanja poduzeća stečenog ništavim poslom. I prava osobnosti i poduzeća nikad ne mogu kao predmeti pravnog prometa izgubiti iz vida njihova aktualnog nositelja. Slučaj solarij rješava naposljetku problem kad kupac solarija – za čiju se poslovnu nesposobnost nije znalo u trenutku skla-

¹⁰ Vidi BGH NJW 1952, 1410. Odredba čl. 185. OZ-a odgovara odredbi § 1822 br. 3 njemačkog BGB-a.

¹¹ U tom smislu za njemačko pravo vidi Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 588. Odredba čl. 251. OZ-a odgovara odredbi § 1365 njemačkog BGB-a.

¹² U tom smislu vidi BGH NJW 1978, 1578.

¹³ Vidi BGH ZIP 1991, 420. Odredba čl. 8. st. 4. ZZTN-a odgovara odredbi § 1 njemačkog GWB-a.

¹⁴ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 88.

panja ugovora o kupoprodaji poduzeća – zahtijeva od prodavatelja vraćanje cijene korak po korak, odnosno usporedo i istodobno s vraćanjem poslovnog inventara i robe koja je još preostala na zalihama solarija.¹⁵ Postavlja se pitanje je li kupac ispunio svoje obveze prema prodavatelju – te može li stoga od prodavatelja zahtijevati vraćanje pune cijene koju je bio platio za poduzeće – ako je prodavatelju uspio vratiti glavninu pojedinih predmeta u sastavu poduzeća koje je bio stekao naknadno poništenim ugovorom unatoč tome što je solarij kao poduzeće u međuvremenu poslovno sasvim obezvrijedio. Na sve te spomenute njemačke presude treba se osvrnuti sa stajališta hrvatskog prava.

Odluka o vraćanju poduzeća u slučaju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća moguća je samo kad se precizno utvrdi što je predmet vraćanja, odnosno što konkretno obuhvaća poduzeće kao ono što je jedna ugovorna strana primila u smislu odredbe čl. 323. st. 1. ZOO-a. Nije sporno da poduzeće tada treba vratiti, sporno je, međutim, što je tada dužnik točno obavezan vratiti vjerovniku. Vodi li poduzeće dužnik, treba utvrditi odgovara li to poduzeće onome koje je izvorno bilo preneseno dužniku, ili se to poduzeće tijekom vremena promijenilo u toj mjeri da dužnika isključivo pogađa obveza vraćanja vrijednosti koristi koju je namaknuo dok je bio neopravdano obogaćen tuđim poduzećem.¹⁶ Fluidnost, tj. promjenljivost poduzeća kao pravne kategorije otežava uspostavljanje odnosa između vindikacije i kondikcije, točku prijelaza stvarnih prava u obvezna prava.

II. PODUZEĆE KAO PREDMET VRAĆANJA

Vraćanje poduzeća ravna se ponajprije prema temeljnom stvarnopravnom rezonu, kao uostalom i vraćanje svih drugih predmeta pravnog i poslovnog prometa. Ne drži li stvar s nekim valjanim naslovom, dužnik je u pravilu kao posjednik obavezan vratiti *in natura* vjerovniku kao vlasniku sve njegove pokretnine i nekretnine – taj rezon ne može se zaobići ni u slučaju vraćanja poduzeća kao najkompleksnijeg samostalnog predmeta pravnog i poslovnog prometa. Pokretnine i nekretnine u tuđem posjedu vlasnik vraća u načelu vindikacijom. Jesu li, međutim, određene okolnosti kadre isključiti vindikaciju kao sredstvo vraćanja stvari u sastavu poduzeća – a time posredno i čitavog poduzeća stečenog na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji! – unatoč tome

¹⁵ Vidi BGH NJW 1994, 442.

¹⁶ Vidi u tom smjeru, ali sa stajališta njemačkog učenja o apstraktnosti tradicije, Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 88.

što je glavnina pokretnina i nekretnina u sastavu određenog poduzeća ostala u njegovom sastavu i u trenutku vraćanja?¹⁷ Statički stvarnopravni pristup očito nije temeljna privatnopravna perspektiva poduzeća. Suštinski privatnopravni pristup poduzeću nužno uključuje shvaćanje poduzeća kao dinamičke privatnopravne cjeline.

Vraćanje pojedinačnih predmeta u sastavu poduzeća *in natura* uvijek je, naime, moguće sukladno stvarnopravnom načelu specijaliteta ako se pojedini predmeti u sastavu poduzeća, poput zemljišta i strojeva, još mogu identificirati u trenutku isticanja zahtjeva za vraćanje. Sustavno pravno i gospodarsko razaranje nevaljano prenesenih poduzeća sasvim je očita posljedica koncepta koji pravnopolitički kategorično ustrajava na postupku vraćanja pojedinačnih predmeta u sastavu poduzeća *in natura* uvijek kad je to moguće učiniti s uske stvarnopravne pozicije.¹⁸ Porazni ekonomski učinci spomenutog uskog stvarnopravnog pristupa problemu "vraćanja poduzeća" podudaraju se s narušavanjem poduzeća kao jedinstvene privatnopravne kategorije.

Problem vraćanja poduzeća treba usmjeriti na raspravu o tome mijenja li se što ako poduzeće koje se faktično nalazi kod dužnika ne odgovara više onome poduzeću koje je izvorno bilo preneseno dužniku. Odluku o tome moguće je donijeti tek nakon što se uspoređi poduzeće kao predmet ugovora o kupoprodaji s poduzećem koje dužnik faktično ima kad mu se istakne kondikcijski ili vindikacijski zahtjev. U svakom slučaju, treba ispitati u kakvom je stanju poduzeće bilo u trenutku sklapanja ugovora o kupoprodaji poduzeća. Ovdje očito nije posrijedi utvrđivanje obogaćenja i osiromašenja kao posebnog aspekta neopravdanog obogaćenja, a s čim treba dovesti u vezu i stjecanje poduzeća na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća. Treba, naime, poći od toga da kondikcija dolazi u obzir tek kad više nije moguća naturalna restitucija; ponajprije kad vlasništvo postane bespredmetno, i to zbog propasti stvari koja je bila predmetom toga prava.¹⁹ Pravilo na odgovarajući način vrijedi i za poduzeće kao poseban predmet pravnog prometa. Ocjena o tome je li prvotno neosnovano stečeno poduzeće "propalo" zasijeca stoga u bit spora o tome tre-

¹⁷ U njemačkom sustavu apstraktne tradicije vraćanje se i tada provodi po pravilima o činidbenim kondikcijama. One po tom shvaćanju zrcale ono što su strane htjele ostvariti ništavim modusom, odnosno apstraktnim poslom raspolaganja pravima. O tome vidi više u: Ballerstend, *op. cit.* u bilj. 1, str. 294. O činidbenim kondikcijama kao instrumentu korekcije neregularne raspodjele imovine vidi Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 89.

¹⁸ U tom smjeru vidi Schwintowski, H.-P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 588.

¹⁹ Vidi čl. 169. ZV-a.

ba li ga vratiti *in natura* ili, pak, naknaditi vrijednost namaknute koristi. Odluku o tome treba donijeti nakon što se rasprave sve okolnosti pojedinog slučaja i nakon što se utvrdi identitet stanja poduzeća u trenutku sklapanja ugovora o kupoprodaji poduzeća i u trenutku njegova vraćanja. Raskorak u pravilu nije teško utvrditi ako je riječ o pojedinačnim predmetima stečenim bez osnove. Usporedba nije, međutim, laka ako su bez osnove prenesene skupne stvari (*universitas rerum*) i prava, posebice prava osobnosti. O tome je, primjerice, riječ poništi li se naknadno ugovor o ustupanju nasljednog dijela prije diobe.²⁰ Poduzeće kao predmet kondicijskog zahtjeva u tom smislu počiva na sličnom rezonu.

2.1. Poduzeće kao samostalan predmet pravnog i poslovnog prometa

Pojam poduzeća nije uređen zakonom.²¹ Sudska praksa i pravna književnost mogu samo otprilike odrediti pojam poduzeća; on je, naime, snažno “teleološki determiniran”.²² Pojam poduzeća može se dokučiti samo kad se s obzirom

²⁰ Vidi čl. 145. ZN-a.

²¹ Tako je i u njemačkom, austrijskom i švicarskom pravu. Odredba čl. 132. Građanskog zakonika Ruske Federacije definira, s druge strane, poduzeće (предприятие) kao predmet prava – imovinski kompleks stavljen u funkciju poduzetničke aktivnosti. Poduzeće po toj izričitoj definiciji kao imovinski kompleks obuhvaća sve tipove imovine stavljene u funkciju poduzetničke aktivnosti, uključujući zemljišta, zgrade, instalacije, opremu, oruđe, sirovinu, proizvode, tražbine, obveze te, također, i sva prava osobnosti koja individualiziraju/karakteriziraju poduzeće, njegove proizvode, rad i usluge (tvrtku, tržišne marke i uslužne marke), kao i druga isključiva prava, osim ako drukčije nije propisano ili ugovoreno.

Taj izvor ide i dalje pa poduzeće kao imovinski kompleks smatra nekretninom koja se daje prodati, založiti i dati u *leasing*.

Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 3 I Rbr. 7, preuzima definiciju Juliusa von Gierkea iz Gierke, J., Sandrock, O., *Handels- und Wirtschaftsrecht*, 9. izdanje, Band I, 1975., § 13 III 1, prema kojoj poduzeće označuje područje djelatnosti koje nastaje obavljanjem poduzetničke djelatnosti, a skopčano je s predmetima (stvari, prava, šanse, odnosi itd.) i obvezama koje pripadaju tom području.

Canaris ističe kako se prema važećem njemačkom pravu – a tom stanju odgovara i važeće hrvatsko pravo – poduzeće ne može prenijeti kao takvo, kao što bi, primjerice, bilo moguće kad bi se poduzeće kao takvo dalo uknjižiti u sudski registar ili registar poduzeća. Stvarnopravno načelo specijaliteta zahtijeva da se svaki pojedini predmet u sastavu poduzeća prenese onako kako je to inače potrebno. U tom smjeru sa stajališta hrvatskog prava vidi Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 237 i dalje.

²² U tom smislu vidi Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, str. 63.

na okolnosti svakog pojedinog slučaja uđe u trag konkretnom pravno-političkom rezonu. Različita pravna područja – pravo koncerna, pravo slobodne tržišne utakmice – pridaju poduzeću značajke koje ne susrećemo u privatnom, odnosno trgovačkom pravu – “matičnom” pravnom području poduzeća. Kupoprodaja poduzeća i s tim povezana problematika vraćanja poduzeća vindikacijom, odnosno s naslova neopravdanog obogaćenja poduzećem, ravna se prema stvarnopravnim i obveznopravnim pravilima – dakle prema ZV-u i ZOO-u.

Poduzeće nije lako definirati kao samostalan predmet stvarnopravnih i obveznopravnih odnosa. Konstrukcije su mnogobrojne. Poduzeće u svakom slučaju nije samo puki zbroj pojedinačnih stvari i drugih dijelova imovine u svojem sastavu. Posrijedi je organizirana gospodarska i pravna cjelina – živi pravni i gospodarski organizam.²³ Dok jedni težište stavljaju na to kako je poduzeće jedinstvena gospodarska cjelina sastavljena od stvari, prava i drugih dobara pravnog prometa, drugi polaze od odlučujućeg značenja poduzeća kao organizacije, tj. ustrojbene cjeline.²⁴

Poduzeće je ujedno i jedinstvena i mnoštvena kategorija uvijek kad se o njemu govori sa stajališta titulusa kao temeljnog obveznopravnog posla i modusa kao posla prijenosa. Predmet ugovora o kupoprodaji jest poduzetnikovo poduzeće kao cjelina. Nositelj poduzeća može, dakle, obveznopravno disponirati poduzećem kao cjelinom. Ugovorom o kupoprodaji poduzeća dovoljno je odrediti da predmet ugovora čini sva aktiva, pasiva te ugovorni odnosi. Jedinstveno obveznopravno baratanje poduzećem ne umanjuje potrebu da ugovorne strane – već zbog kontrole ispunjenja ugovora o kupoprodaji poduzeća – pobliže odrede poduzeće kao predmet ugovora o kupoprodaji.²⁵ Ugovor o kupoprodaji poduzeća valjan je pogode li se ugovorne strane o prodaji, odnosno kupnji tako određenog predmeta jer je ugovorna činidba tada određena ili barem odrediva. Razumije se samo po sebi da ugovorom o kupoprodaji poduzeća nije moguće potpuno precizno obuhvatiti baš svaki pojedini predmet koji se prenosi kupcu zajedno s poduzećem. Poželjno je stoga da ugovorne strane kao sastavni dio ugovora prilože ovjerovljenu bilancu te da se time precizno dade do znanja kako je prodavatelj otuđujući poduzeće prenio kupcu sve bilančne obveze i imovinu – dakle, sve pokretne i nepokretne stvari koje čine poslovni pogoni i

²³ Tako Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 219 i dalje.

²⁴ Poblje o tome sa stajališta pravnih koncepcija nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava vidi u: Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 90 i 91.

²⁵ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 91.

obrotni kapital, tražbine i prava.²⁶ Prodavateljeva glavna činidba daje se konkretizirati i tako da se ugovoru o kupoprodaji poduzeća kao njegov sastavni dio priloži lista pokretnih i nepokretnih stvari, prava i tražbina, uključivo i obveze, s tim da se ta lista sačini u sklopu inventure koju su ugovorne strane zajedno provele i koja je zaključena s točno određenim datumom. Bitno je, naime, da se zna u kojem je trenutku poduzeće prešlo s prodavatelja na kupca i kakvo je tada bilo stanje zaliha, obrtnih sredstava, nefinaliziranih proizvoda, odnosno djelomično ili u potpunosti neispunjenih ugovornih činidbi.²⁷ Odudara li trenutak sklapanja ugovora o kupoprodaji poduzeća od trenutka faktičnog prijenosa poduzeća s prodavatelja na kupca, treba voditi računa o dinamičnosti poduzeća tako što će se ugovoriti da se na koncu tog razdoblja čin prenošenja poduzeća perfektuira dodatnim, konačnim inventurnim protokolom koji su potpisuju obje ugovorne strane, ovjerovljujući tako s konačnim učinkom je li u spomenutom razdoblju došlo do korekcije inventurne liste koja je bila priložena ugovoru u trenutku njegovoga sklapanja.²⁸ Nebilančne stavke imovine moraju se, pak, dovoljno detaljno odrediti ugovorom o kupoprodaji poduzeća ili njegovim dodacima. Posrijedi su nematerijalne imovinske vrijednosti, ugovorni i drugi pravni odnosi. Odrediti treba i predmete iz imovine koji su izuzeti od prijenosa poduzeća. Prodavatelj je na koncu obavezan ispuniti i svoje uzgredne ugovorne obveze, kao i svoje obveze obazrivosti. On je, primjerice, obavezan uvesti kupca u poduzeće – uputiti ga u organizaciju poduzeća i upoznati ga sa svojim poslovnim tajnama.²⁹

Poduzeće je stvarnopravno gledajući mnoštveno. Materijalne i nematerijalne vrijednosti obuhvaćene poduzećem mogu se prenijeti samo ako se uvaži stvarnopravno načelo specijaliteta.³⁰ Određenost činidbe na prijenos poduzeća očuvat će se koristi li se u pravnom i poslovnom prometu prilikom kupoprodaje poduzeća uobičajena “sveobuhvatna klauzula” s pomoću koje se na tipiziran način konkretizira stvarnopravna ukupnost cjelokupnog obrtnog kapi-

²⁶ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 91; Trendelenburg, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1331, uz navođenje tamo spomenute njemačke sudske prakse koja se tiče sporazuma o fiducijarnom osiguranju tražbina te se stoga razumno u vezi s pitanjem određenosti predmeta sporazuma primjenjuje na odgovarajući način i na ugovore o kupoprodaji poduzeća te *asset deal* sporazume općenito.

²⁷ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 91.

²⁸ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 91.

²⁹ Opširnije Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 238. Vidi i Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, str. 141; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 91.

³⁰ Vidi Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 Rbr. 1.

tala i ostale imovine koja označuje poslovne pogone.³¹ Klauzulu treba sročiti s krajnjim oprezom jer svako sveobuhvatno pobrajanje predmeta u sastavu poduzeća treba izdržati test stvarnopravnog načela specijaliteta. U suprotnom, dometi te klauzule ostaju u obveznopravnim okvirima. Poželjno je da se prodavatelj tom klauzulom obveže prenijeti naknadno kupcu predmete u sastavu poduzeća koje mu je prodao, ali mu ih greškom nije bio prenio.

2.2. Jedinstveno obveznopravno baratanje poduzećem kao predmetom kondikcijskog zahtjeva

Jedinstveno obveznopravno baratanje poduzećem dolazi do izražaja i kad ga se zbog ništavosti ugovora o kupoprodaji poduzeća – kao ono što je po toj nevaljanoj osnovi primljeno – vraća po pravilima o neopravdanom obogaćenju, konkretno kao vrijednost koristi namaknute neopravdanim obogaćenjem tuđim poduzećem. Riječ je o prirodnoj posljedici bitnog narušavanja identiteta poduzeća – utrnuća prećih vindikacijskih zahtjeva, odnosno realnog izjalovljenja kompliciranom postupku stjecanja poduzeća zrcalnog postupka vraćanja poduzeća *in natura*.³² Jedinstveno obveznopravno baratanje poduzećem zahtijeva da se poduzeće sagleda kao poduzetničkom djelatnošću ozbiljena i stalnim mijenama podložna ukupnost stvari i prava.³³ U poslovanju je čak i samo otuđenje i pribavljanje poduzeća samo vid djelatnosti i financiranja. Ballerstendt u tom smislu s razlogom govori o poduzeću kao neprestanom živom postupku obrtanja kapitala.³⁴ Novonabavljene sirovine i roba u neprekinutom lancu zamjenjuju otuđene proizvode. Svako održavanje i osuvremenjivanje poduzeća nužno treba voditi računa o tome da je riječ o organizaciji podložnoj stalnim mijenama i da mjere koje idu u tom smjeru ne mijenjaju identitet poduzeća kao posebnog predmeta pravnog i poslovnog prometa. Poslovne mjere koje pokreću i mijenjaju poduzeće nužne su kako bi se spasio identitet poduzeća kao posebne organizacije, zapravo sam pravni i gospodarski život poduzeća kao predmeta pravnog i poslovnog prometa.

³¹ Tako Günther, u: *Münchener Vertragshandbuch*, Bd. III, 3. izdanje, 1993., II 1 Rbr. 21 (1); Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 91. O potrebi krajnje obazrivog pristupa prilikom ugovaranja te ugovorne pogodbe vidi Trendelenburg, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1334.

³² U njemačkom pravnom krugu, gdje vlada generalni koncept apstraktnosti modusa kao posla raspolaganja stvarima i pravima, kondikcija je kao *remedium* zrcalni, logični odraz nevaljanosti modusa kao jalove, nevaljane “osnove” prijelaza poduzeća iz prodavateljeve u kupčevu imovinu. Vidi primjerice Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 92.

³³ Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 91.

³⁴ Tako Ballerstendt, *op. cit.* u bilj. 1, str. 296.

Spor o tome treba li poduzeće stečeno bez osnove vratiti *in natura*, ili pak naknaditi vrijednost postignute koristi u smislu čl. 1111. st. 1. ZOO-a, ne smije se nipošto rješavati tako da se poduzeće shvati kao atomizirana, na proste faktore imovine rastavljena cjelina. Schmidt kaže: "Ne vraća se poduzeće u prvobitno stanje poput kakve raritetne zbirke."³⁵ Bit poduzeća upravo je u tome da trpi stalne mijene, da poduzeće u trenutku "njegova vraćanja" odudara od poduzeća u času njegova prenošenja bez osnove, i to tim više što je više vremena prošlo od njegova prijenosa do trenutka isticanja zahtjeva za njegovim vraćanjem. Pojedinačne promjene u sastavu "imovine poduzeća" ne smiju se tumačiti samo na temelju uskog, ograničavajućeg shvaćanja odredbe čl. 1111. ZOO-a. Odredba čl. 1111. st. 1. ZOO-a u biti zavarava; ZOO se, naime, niti može niti smije procesnopravno miješati u matičnu stvarnopravnu problematiku naturalne restitucije u slučajevima kad vlasnik zahtijeva od posjednika da mu vrati njegovu stvar. Izjednačiti kondikciju s vindikacijom neoprostiv je pravni previd. Vlasnik vraća svoje stvari u smislu čl. 1111. st. 1. ZOO-a isključivo vindikacijom – dakle, s naslova pravila ZV-a. Budući da se, dakle, odredba čl. 1111. st. 1. ZOO-a u tom pitanju "samo šali ili, pak, samo buni adresata", taj nespretni, nemušti promašaj adresat ZOO-a treba teleološkom redukcijom svesti u granice zdravog pravnog razuma. On, prema tome, ide na tužbu s naslova čl. 1111. ZOO-a instituta neopravdanog obogaćenja samo ako mu iz ma kojeg razloga otpala vindikacija.

U slučaju ništavosti ugovora o kupoprodaji poduzeća kupac poduzeća dužan je prodavatelju vratiti sve što je kao poduzeće primio na temelju takva ugovora; a ako to nije moguće, ili ako se pravna priroda poduzeća opire, tj. protivi vraćanju poduzeća *in natura*, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, utvrđena prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke.³⁶ Ključno je da se prilikom vraćanja poduzeća ne smije ispustiti iz vida pravnu prirodu poduzeća; ona bi, naime, potiho pala u sasvim sporedan plan ako bismo pravno "cjepidlačeći" mjerkali samo sastav imovine obuhvaćene poduzećem u trenutku njegova prenošenja i u trenutku njegova vraćanja. Usko, a k tome i zavaravajuće stajalište odredbe čl. 1111. st. 1. ZOO-a (u dijelu u kojem s obveznopravnih pozicija tobože govori o vraćanju *in natura*!) potpuno je slijepo za mnogobrojne i raznovrsne poslovne odluke koje utječu ne samo na nominalne promjene u sastavu poduzeća, nego su ujedno i nužne za samu opstojnost poduzeća kao živog pravnog i gospodarskog organizma. Posebna pravna priroda

³⁵ Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 6 IV 1., str. 165.

³⁶ Vidi čl. 323. st. 1. ZOO-a.

poduzeća stoga u načelu potiskuje primjenu odredbe čl. 1115. ZOO-a. Civilni plodovi poduzeća jednostavno nisu kategorija na koju smjera odredba čl. 1115. ZOO-a. Utržak namaknut preprodajom ili pak prodajom vlastite robe nije tzv. *commodum ex negotiatione*.³⁷ Zarada namaknuta planskom uporabom poduzeća služi “samofinanciranju poslovnog pogona”.³⁸ Jednako tako, ni preradom sirovina i materijala te doradom grubih proizvoda prvotnom vlasniku tih sirovina i materijala ne pripada pravo na naknadu vrijednosti postignute koristi s naslova odredbe čl. 151. ZV-a, a u vezi s odredbom čl. 1111. ZOO-a.³⁹ Cjelovito obveznopravno sagledavanje poduzeća stoga potiskuje i u tom slučaju primjenu odredbe čl. 1115. ZOO-a, odnosno odredbe čl. 151. ZV-a.⁴⁰

Promijeni li se, dakle, s vremenom konkretan sastav imovine obuhvaćene poduzećem pretežitim dijelom ili, pak, u cijelosti – to samo po sebi još ne znači da kondikcijski dužnik nije u obvezi vratiti kondikcijskom vjerovniku poduzeće *in natura*, nego da mu je obvezan vratiti vrijednost koristi namaknute neopravdanim obogaćenjem za to “promijenjeno” tuđe poduzeće. Ako je, naime, do tih promjena poduzeća došlo u okviru redovitog poslovanja, nije opravdano uskratiti prodavatelju poduzeća temeljno pravo da se ponovno domogne svojeg poduzeća *in natura*. Promjene tog tipa pogađaju ponajprije obrtni kapital kao stavku imovine obuhvaćene poduzećem. Promjene u sastavu sirovina, залиха, potrošnog materijala, nezgotovljenih proizvoda i dijelom ili u potpunosti neispunjenih ugovornih činidbi također nisu u tom smislu kadre promijeniti identitet poduzeća kao posebnog predmeta pravnog i poslovnog prometa. Isto

³⁷ Prema vladajućem stajalištu u njemačkoj pravnoj književnosti utrži li kondikcijski dužnik pravnim poslom prvotni predmet kondikcijskog zahtjeva, umjesto otuđenog predmeta obvezan je kondikcijskom vjerovniku vratiti vrijednost tim otuđenjem namaknute koristi. Vidi, uz pobliže navođenje sudske prakse i pravne književnosti, Lorenz, W., *op. cit.* u bilj. 1. § 818 Rbr. 17.

S druge strane, zakonska definicija surogata ne obuhvaća, prema vladajućem stajalištu njemačkog prava, tzv. *commodum ex negotiatione*. Vidi primjerice Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, str. 266.

³⁸ Tako Ballerstedt, K., *op. cit.* u bilj. 1, str. 301; Schwintowski, H.-P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 588, 589.

³⁹ Odredbi čl. 151. ZV-a odgovarajuća odredba § 951 njemačkog BGB-a izričito u tom smislu upućuje na pravila o neopravdanom obogaćenju, a pritom izričito isključuje mogućnost naturalne restitucije. Prvo pravilo vrijedi u hrvatskom pravu po prirodi stvari, a drugo pravilo na temelju odgovarajuće primijene odredbe čl. 169. ZV-a.

⁴⁰ Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava – konkretno odredaba § 818. st. 1. st. 2. BGB-a, odnosno § 951 BGB-a, koje odgovaraju gore spomenutim odredbama ZOO-a i ZV-a – vidi Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 94.

vrijedi i zamijene li se stari poslovni pogoni novima.⁴¹ Isti cilj kontinuiranog poslovanja imaju i radnje koje se poduzimaju u cilju proširivanja proizvodnih kapaciteta ili, primjerice, dogradnja poslovnih hala ili ureda.

U već spomenutom slučaju pred njemačkim BGH-om, objavljenom u časopisu ZIP 1991, 420, bilo je sporno je li vraćanje poduzeća iz nakladničke struke *in natura* isključeno već na temelju činjenice što je kondikcijski dužnik presložio popis pretplatnika na konkretne dnevne novine koje je izdavao na temelju ništavog ugovora o prijenosu dužnikova poduzeća. Je li on u tom slučaju umjesto vraćanja *in natura* bio obvezan vratiti vrijednost koristi koju je namaknuo tako što se neopravdano obogatio tuđim poduzećem. Preslagivanje, tj. prevrtanje pretplatničkih lista sasvim je tipično za tisak kao struku. Vraćanje poduzeća *in natura* ne izostaje zbog toga što vrijednost poduzeća pada ili raste za vrijeme uobičajenog poslovanja. Stekne li tko poduzeće bez osnove, obvezan ga je vratiti *in natura* – dakle u stanju u kojem se ono nalazi u trenutku vraćanja, bez obzira na sve faktične promjene vrijednosti poduzeća koje su nastale u okvirima tipičnog poslovanja, i to stoga što upravo te promjene odlučujuće podcrtavaju karakter poduzeća kao živog pravnog i poslovnog organizma. Tipična trgovačka mijena bit je identiteta poduzeća kao posebnog predmeta pravnog i poslovnog prometa.

Stekne li tko ili kupi bez osnove na temelju ništavog ugovora tuđi popis klijentele⁴², obvezan ga je vratiti prodavatelju *in natura* kad je klijentela s tim suglasna. Vraćanje nije stoga postalo nemoguće samo zbog toga što kondikcijski vjerovnik nije kadar i nije u stanju da se u svojem daljnjem poslovanju služi tim popisom klijentele.⁴³ BGH smatra da vraćanje popisa klijentele *in natura* nije moguće ako vraćanje popisa klijentele prodavatelju može efektivno uslijediti samo pod pretpostavkom da kupac propusti sklopiti potrebne ugovore s klijentima koji su na tome popisu.⁴⁴ Ako je bez osnove otuđen samo popis klijentele, BGH ne daje nijedan argument zašto bi tada trebalo prihvatiti nekakav poseban postupak vraćanja uz koji bi bila vezana kupčeva obveza da se suzdrži od tržišne utakmice s točno određenim klijentima koji su na konkretnom popisu – zašto bi, dakle, tada tako grubo trebalo odstupiti od sasvim

⁴¹ Schwintowski, H.-P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 588, 590; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 94.

⁴² O tome vidi u predmetu BGH NJW 2002, 1340. Popis klijentele jest poduzetnikovo pravo osobnosti u smislu odredbe čl. 19. st. 3. ZOO-a.

⁴³ Tako Lorenz, S., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 21.

⁴⁴ Vidi BGH NJW 2002, 1340.

uobičajenog obrasca vraćanja *in natura* koji nužno zrcali kompleksan postupak prenošenja poduzeća kao posebnog predmeta pravnog prometa.⁴⁵ BGH je učvrstio i precizirao to svoje pogrešno stajalište u jednom kasnijem predmetu u kojem predmet kondicijskog zahtjeva nije bio samo puki popis klijentele, nego čitavo poduzeće (praksa poreznog savjetnika), a u sastavu kojega je bio i popis klijentele.⁴⁶ Obveza kupca te prakse suzdržati se od tržišne utakmice s klijentelom koja se nalazi na popisu, a u korist prodavatelja te prakse, u tom slučaju ne isključuje mogućnost vraćanja popisa klijentele *in natura* jer obveza vraćanja popisa klijentele, kao dijela poduzeća kojega je nesporno trebalo vratiti, nije sužena na stanje u kojem se popis klijentele nalazio u trenutku kad je poduzeće bilo preneseno bez osnove, nego je dužnikova/kupčeva obveza vraćanja proširena i na zatečeno stanje, uključujući dakle i klijentelu koja je u taj popis naknadno uvedena dužnikovom/kupčevom poduzetničkom aktivnošću.

2.3. Postupovnopravne posljedice

Prepletanje pravne cjelovitosti poduzeća i pravne mnoštvenosti predmeta u sastavu poduzeća dolazi nužno do izražaja kad se postavlja tužbeni zahtjev za vraćanje poduzeća *in natura*. Prodavatelj poduzeća ni u kojem slučaju ne može računati s tim da će postaviti dovoljno određen tužbeni zahtjev tuži li “u đuture” na vraćanje poduzeća. Nije, primjerice, dovoljno precizan ni petit kojim tužitelj zahtijeva vraćanje nekog pogona Y koji je bez osnove stekao poduzetnik X. Takav tužbeni zahtjev treba vratiti na ispravak ili dopunu jer svaka tužba treba u smislu čl. 186. st. 1. ZPP-a sadržavati određen zahtjev u vezi s glavnim stvarima i sporednim traženjima.⁴⁷ Uvijek kad se tuži na vraćanje neke ukupnosti stvari i prava – poput poduzeća – odredba čl. 186. st. 1. ZPP-a zahtijeva da se u petitu tužbe izdvojeno navedu svi pojedini predmeti u sastavu poduzeća. Pri tome ne treba stvar dovesti do apsurdna, trebalo bi raspravljati o tužbama koje su u tom smislu razumno određene s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja.⁴⁸ Prodavatelj poduzeća može kondemnatornom presudom

⁴⁵ S tih ispravnih kritičkih pozicija prema stajalištu BGH nastupa Lorenz, S., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 21.

⁴⁶ Vidi BGH NJW 2006, 2847.

⁴⁷ U tom smislu generalno u vezi sa slučajevima podnošenja tužbe suprotno zahtjevima odredbe čl. 186. st. 1. ZPP-a Dika, M., *Građansko parnično pravo*, Tužba, VI. Knjiga, Zagreb, 2009., str. 73.

⁴⁸ Više o tome Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, str. 5 i 6.

na vraćanje poduzeća pribaviti ovršni naslov za vraćanje poduzeća samo ako tužbom odredi materijalne i nematerijalne imovinske vrijednosti zavedene u aktivi i u pasivi – dakle među teretima imovine – i to baš u onoj mjeri u kojoj to treba učiniti kako bi se valjano mogla ispuniti glavna činidba s naslova ugovora o kupoprodaji poduzeća – prenošenje poduzeća s prodavatelja na kupca.⁴⁹

U cilju što boljeg konkretiziranja tužbenog zahtjeva – s obzirom na to da je poduzeće kao ukupnost stvari i prava podložno stalnim mijenama o kojima tužitelj najčešće nema većih saznanja – poželjno je da prodavatelj poduzeća zahtijeva od kupca poduzeća da mu položi račun o stanju poduzeća koje on kao tuženik vodi kao svoje, iako ono zapravo pripada njemu. Prodavatelj poduzeća crpi u tom slučaju svoje pravo na obaviještenost prema kupcu poduzeća na temelju odgovarajuće primijene pravila iz čl. 1122. ZOO-a o odnosu gospodara posla i poslovođe bez naloga. Polazeći račun kupac poduzeća obavezan je dati prodavatelju poduzeća podatke o tome što je još preostalo od prvotno prenesenih imovinskih vrijednosti i čime su konkretno one eventualno bile nadomještene.⁵⁰ U cilju što boljeg konkretiziranja tužbenog zahtjeva prodavatelju poduzeća mogu naposljetku poslužiti i prilozi ugovora o kupoprodaji poduzeća u kojima su za potrebe tog ugovora detaljno navedene imovinske vrijednosti u sastavu poduzeća.⁵¹ Uzmemo li se ti prilozi ugovoru o kupoprodaji poduzeća kao polazna točka za rješavanje spora o tome u kakvom stanju treba vratiti poduzeće tužitelju, kupac poduzeća kao tuženik obavezan je razjasniti što je od svega toga još preostalo te što se odonda konkretno promijenilo u sastavu poduzeća.⁵² Naloži li se kondemnatornom presudom kupcu poduzeća kao tuženiku nakon dugogodišnjeg parničenja da vrati prodavatelju poduzeća/tužitelju poduzeće koje je od njega stekao bez osnove, ovisno o okolnostima pojedinog slučaja katkad je nužno da kupac poduzeća/tuženik još jednom iznova podastre račun o tome u kakvom se stanju tada nalazi poduzeće – koje je promjene, naime, poduzeće pretrpjelo dok su se stranke sporile.⁵³ Pritom su od koristi u trgovačkom prometu uvriježene tzv. “sveukupne klauzule” koje je na odgovarajući način poželjno ugraditi u petit kako on s obzirom na “živačnost poduzeća” ponovno ne bi zastario u razdoblju od izricanja presude pa do provedbe ovrhe.

⁴⁹ Tako, uz navođenje nama u tom dijelu poredbene njemačke sudske prakse, Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 95.

⁵⁰ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 95.

⁵¹ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 95.

⁵² Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 95.

⁵³ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 95.

Iznimna složenost petita kojim se zahtijeva vraćanje poduzeća nameće tužitelju mnogobrojne probleme u dokazivanju. Prodavatelj poduzeća/tužitelj dospjet će u nezavidan postupovnopравни položaj protekne li dulje vrijeme od trenutka kad je kupac poduzeća/tuženik stekao poduzeće bez osnove pa do istjecanja zahtjeva za njegovim vraćanjem, odnosno do trenutka kad je poduzeće faktično vraćeno tužitelju/prodavatelju poduzeća.⁵⁴ U već spomenutom slučaju “dnevne novine” pred njemačkim BGH-om, objavljenom u časopisu ZIP 1991, 420, poduzeće je bilo preneseno 1963., a o zahtjevu za njegovim vraćanjem odlučeno je 1990. – dakle, tek nakon 27 godina. Poduzetnici su prema njemačkim propisima, kao i prema hrvatskom Zakonu o računovodstvu, obvezni “samo” deset godina čuvati svoje poslovne knjige, popis inventara i bilance. Zahtijeva li tužitelj da ga tuženik obavijesti o sastavu poduzeća koje bez osnove drži u svojim rukama i da mu u tom smislu podastre svoje poslovne knjige i druge za to prikladne računovodstvene dokumente – zahtjev je pucanj u prazno ako je tuženik nakon proteka tog roka “počistio” svoju poslovnu arhivu. Tužitelj/prodavatelj poduzeća teško tada uopće i može postaviti određen tužbeni zahtjev za vraćanje poduzeća.

Pokaže li se na kocu da je kupac poduzeća/tuženik obavezan vratiti poduzeće *in natura*, njegova obveza nije ograničena na vraćanje predmeta vezanih uz obrtni kapital i poslovne pogone koji su preostali i dadu se identificirati u trenutku vraćanja.⁵⁵ Poduzeće treba vratiti prodavatelju poduzeća u stanju u kakvom se nalazi u trenutku vraćanja. Kupac poduzeća/tuženik dužan je vraćajući poduzeće poduzeti u pravilu iste one činidbe koje je dužan poduzeti prodavatelj poduzeća kako bi poduzeće prenio na kupca. Poduzeće treba vratiti kao ukupnost stvari i materijalnih te nematerijalnih prava poput *good willa*. Pri tome se nipošto ne smije ispustiti iz vida činjenicu da poduzeće ima karakter organizacije. Vraćanje vrijednosti postignute koristi nadomjestit će u određenom dijelu vraćanje *in natura* ako, primjerice, više nije moguće vraćanje određenih unosnih poslovnih odnosa s poslovnim partnerima ili klijentelom jer oni na to ne pristaju. Jednako vrijedi i kad treći uskrate cedirati prodavatelju poduzeća tražbine koje imaju prema kupcu poduzeća. Nema zapreke da se u tom smislu usporedo postave/kombiniraju zahtjev za vraćanje *in natura* i zahtjev za vraćanje vrijednosti postignute koristi.⁵⁶ Uskrate li treći cedirati

⁵⁴ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 96.

⁵⁵ Tako Schwintowski, H.-P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 588; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 96.

⁵⁶ Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 96, neopravdano zanemaruje taj aspekt odnosa između tih dvaju spomenutih zahtjeva.

prodavatelju poduzeća tražbine koje imaju prema kupcu poduzeća, treba poći od toga da kupac poduzeća te tražbine naplaćuje u svoje ime, a za račun prodavatelja poduzeća, pa mu je obvezan bez odgađanja prenijeti sve što primi po toj osnovi. Kupac poduzeća i dalje će ostati ugovorna strana određenog odnosa izostane li, s druge strane, mogućnost vraćanja *in natura* određenih obveza/dugova u sastavu poduzeća jer vjerovnici ne pristaju na to da prodavatelj poduzeća zamijeni kupca poduzeća kao njihova ugovornog partnera. Kupac poduzeća ima pravo zahtijevati da mu prodavatelj poduzeća namiri sve što je on u tom dijelu izdvojio.

III. VRAĆANJE VRIJEDNOSTI KORISTI NAMAKNUTE STJECANJEM PODUZEĆA BEZ OSNOVE U SLUČAJEVIMA KAD PODUZEĆE NIJE MOGUĆE VRATITI *IN NATURA*

3.1. Općenito

Nije lako utvrditi pod kojim pretpostavkama obvezu vraćanja poduzeća *in natura* nadomješta obveza vraćanja vrijednosti koristi namaknute stjecanjem poduzeća bez osnove. U svakom slučaju, treba se držati mjerila je li dužnikovo vođenje poduzeća u tom stupnju izmijenilo njegovu bit da se više ne može poći od toga kako je upravo to faktično zatečeno poduzeće predmet vjerovnikova kondicijskog zahtjeva.⁵⁷ Treba, dakle, ocijeniti je li kupac poduzeća dao odlučujući poduzetnički pečat, pa je stoga zatečeno poduzeće isključivi rezultat njegovih poduzetničkih nastojanja – je li on, drugim riječima, mahom utkao samoga sebe, tj. svoju osobnost, u to zatečeno poduzeće.

Razgraničenje vraćanja poduzeća *in natura* i vraćanja poduzeća kroz vrijednost namaknute koristi jednostavno se ne da provesti prema zadanim važe-

⁵⁷ Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 96.

U tom smislu sa stajališta odgovarajućih pravila o odgovornosti za nedostatke poduzeća Barbić, J., *op. cit.* u bilj. str. 252 i dalje. Barbić u vezi s kupoprodajom poduzeća ispravno zagovara odgovarajuću primjenu pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari (čl. 400. i sl. ZOO-a). Nedostaci poduzeća u tom su smislu oni koji se odnose na poduzeće kao cjelinu; nedostaci kojima je uzdrmana gospodarska osnova poduzeća, odnosno da ono kao cjelina zbog toga nije više gospodarski sposobno. Barbićevo stajalište o odgovornosti za nedostatke poduzeća posredno potkrepljuje gore izneseno stajalište o tome kad poduzeće nije moguće vratiti *in natura* s obzirom na to da on podržava njemačku sudsku praksu koja uvelike suzuje primjenu odredaba o odgovornosti za materijalne nedostatke na slučajeve kad neki nedostatak bez sumnje zadire u svojstvo poduzeća.

čim privatnopravnim obrascima. Razlog tomu je taj što poduzeće nije klasičan predmet pravnih odnosa poput pojedinačnih stvari i prava. Uobičajena privatnopravna mjerila moraju se u tom dijelu prilagoditi poduzeću kao posebnom predmetu pravnog i poslovnog prometa.

Vraćanje vrijednosti koristi namaknute stjecanjem poduzeća bez osnove s naslova čl. 1111. st. 1. ZOO-a moguće je samo ako poduzeće nije moguće vratiti *in natura*. Zahtjev za vraćanje vrijednosti koristi namaknute stjecanjem poduzeća bez osnove s naslova čl. 1111. st. 1. ZOO-a stupa na mjesto primarnog zahtjeva za vraćanje *in natura* s naslova čl. 323. st. 1. ZOO-a samo ako je naknadno postalo nemoguće ispuniti činidbu vraćanja poduzeća *in natura*. Imovinskopravno klupko ništavih ugovora o kupoprodaji poduzeća uvijek će se odmotati obrnuto načinu na koji je klupko smotano. Vraćanje s naslova čl. 323. st. 1. ZOO-a i vraćanje s naslova čl. 1111. st. 1. ZOO-a stoga su, u biti, samo različiti stadiji odmotavanja/razmrsivanja istog pravnog odnosa – ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća.⁵⁸

Pravilo po kojem naturalna restitucija više nije moguća ako propadne predmet zahtjeva za vraćanje ili se pak bitno naruše svojstva tog predmeta za redovitu, a – ovisno o okolnostima pojedinog slučaja – i osobitu uporabu, ima u konačnici čistu pravnotehničku funkciju da isti zahtjev za vraćanje, zbog nemogućnosti naturalne restitucije, preobrazi u zahtjev iz čl. 1111. st. 1. za vraćanje vrijednosti postignute koristi.⁵⁹ Ako kupac poduzeća i ma zbog čega drugog također nije kadar ispuniti svoju prioritetnu stvarnopravnu obvezu vraćanja stečenog *in natura*, aktivirat će se njegova – funkcionalno istorodna – sekundarna obveznopravna činidba vraćanja vrijednosti postignute koristi. Nemogućnost vraćanja *in natura* tiče se u jednakoj mjeri i objektivne i subjektivne nemogućnosti vraćanja. Vraćanje *in natura* zaokreće se u vraćanje vrijednosti postignute koristi s naslova čl. 1111. st. 1. ZOO-a isključivo na temelju pravne ocjene pojedinog slučaja ništave kupoprodaje poduzeća.⁶⁰ Ni prodavatelj poduzeća niti kupac poduzeća ne mogu, naime, birati između vra-

⁵⁸ Nasuprot tome Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 96, smatra da su posrijedi različiti stadiji istog prava. Poanta je, međutim, u tome da se cjelokupna zatečena pravna pozicija (koja osim prava nužno uključuje i obveze) daje riješiti isključivo strogo zadanim redoslijedom.

⁵⁹ Tako sa stajališta izričitog pravila § 818. st. 2. BGB-a Lorenz, W., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 3.

⁶⁰ Tako i Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 98. Tim je neuobičajenija njegova konstrukcija o različitim stadijima istog prava na vraćanje. Proizlazi, naime, da je to nekakvo prisilno, kogentno pravo na vraćanje.

ćanja *in natura* i vraćanja vrijednosti postignute koristi.⁶¹ Prodavatelj poduzeća ne može zaokrenuti svoj petit prema vraćanju postignute koristi iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a ako je poduzeće pod vodstvom kupca poduzeća zapalo u ozbiljne poslovne teškoće. Kupac poduzeća ne može, s druge strane, ustrajati na tome da svoju obvezu podmiri vraćanjem vrijednosti postignute koristi, i to samo zbog toga jer je poduzeće stečeno bez osnove poslovno prosperiralo tek pod njegovim vodstvom.⁶²

3.2. Objektivna nemogućnost vraćanja poduzeća

a) Upropaštavanje poduzeća

Poduzeće uglavnom nije objektivno moguće vratiti upropasti li ga se kao poseban predmet vraćanja. Upropaštavanje poduzeća je, dakle, najvažniji slučaj kad ga nije moguće vratiti *in natura* u smislu odredbe čl. 323. st. 1. ZOO-a. Posrijedi je fizička eliminacija poduzeća kao posebnog predmeta pravnog prometa. O nemogućnosti vraćanja poduzeća treba se raspravljati sa stajališta ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća, titulusa, neovisno o pravilima stvarnoga prava.⁶³ Odredbe čl. 2. st. 3., čl. 6. st. 1. i čl. 152. ZV-a, posebice, nisu prikladne za rješenje problema vraćanja poduzeća. Pristupi li se problemu vraćanja poduzeća s uskog stvarnopravnog stajališta, jasno je da ponajprije slučaj upropaštavanja poduzeća pokriva nemogućnost vraćanja onoga što je primljeno u smislu čl. 323. st. 1. ZOO-a u vezi s poduzećem kao posebnim predmetom vraćanja, a to za posljedicu ima da se poduzeće umjesto *in natura* vraća odgovarajućom naknadom u novcu u smislu čl. 323. st. 1. ZOO-a, odnosno tome odgovarajućom vrijednosti postignute koristi iz čl. 1111. st. 1. ZOO-a.

Dva reprezentativna primjera pomažu pojasniti o čemu je ovdje riječ.⁶⁴ Sa stoji li se, primjerice, poduzeće od tvornice koja je sagrađena na nekom zemlji-

⁶¹ Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 98, vraćanje vrijednosti postignute koristi funkcionalno odmiče od vraćanja *in natura* kad pred izraz vrijednost postignute koristi stavlja izraz obeštećenje (*Abfindung*) umjesto ispravnog izraza vraćanje. U tom se smislu nototehnički ističe i izraz “**naknaditi** vrijednost postignute koristi” na kraju odredbe čl. 1111. st. 1. ZOO-a.

⁶² Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 98.

⁶³ Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 98.

⁶⁴ Primjere navodi Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 98 – 100.

štu – zemljište je uvijek moguće vratiti, i to neovisno o tome koja je sudbina pogodila proizvodne pogone. Problem vraćanja poduzeća nije prikladno rješavati stvarnopravnim rezonom po kojem pojam nekretnine, dakle čestice zemljine površine, osim zemljišta obuhvaća i sve druge stvari – ponajprije zgrade – koje su trajno spojene s tim zemljištem.⁶⁵ Vlasnik zemljišta proteže svoje pravo – primjereno tom stvarnopravnom rezonu – i na zgradu kao bitan dio zemljišta koji se ne da od njega fizički odvojiti, a da ne bude time uništen.⁶⁶ Ne može se, međutim, ni u kojem slučaju izjednačiti poduzeće sa zemljištem. Pojam poduzeća ne iscrpljuje se u pojmu zemljišta. Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja zemljište je puko mjesto obavljanja poduzetničke djelatnosti. Kupac poduzeća kadar je prodati zemljište koje je bilo u sastavu poduzeća stečenog bez osnove i prebaciti proizvodne pogone na neku novu lokaciju. Ako je takvo prebacivanje poslovanja bilo opravdano s objektivnog poduzetničkog stajališta, prodavatelj poduzeća nema – u smislu čl. 323. st. 1. ZOO-a – zahtjev za naknadu vrijednosti zemljišta u novcu koje je prvotno bilo u sastavu poduzeća, nego zahtjev za vraćanje poduzeća koje se vodi na tom novom zemljištu.⁶⁷

Prodavatelj ispunjuje svoje činidbe iz ugovora o kupoprodaji poduzeća poduzme li sve što je potrebno kako bi kupcu pribavio poduzeće kao živi pravni i ekonomski organizam. Poduzetnička aktivnost/djelatnost glavna je karakteristika svakog poduzeća. Poduzetnikovim upuštanjem u poduzetničku aktivnost proizvodna sredstva i radna snaga stavljaju se u funkciju ostvarivanja dobiti. Razumije se samo po sebi da se prenošenje poduzeća kao živog organizma zrcalno odražava na vraćanje poduzeća stečenog bez osnove – stoga njega u tom smislu također treba vratiti kao pravnu i ekonomsku cjelinu putem koje njegov nositelj nastupa na tržištu. Poduzme li imatelj poduzeća sve što je potrebno kako bi se trajno upustio u poduzetničku aktivnost, poduzeće, ako je to ika-ko moguće, treba sačuvati kao organizaciju prisutnu u gospodarskom životu, neovisno o tome što je u pojedinom slučaju stečeno bez osnove. Zastane li du-lje nositelj poduzeća sa svojom poduzetničkom aktivnošću nepovratno kopni položaj poduzeća u tržišnoj utakmici, zauvijek se gube njegove prokrvljene veze s klijentelom i poslovnim partnerima. Privremeno, sezonsko mirovanje poduzetničke djelatnosti – primjerice tijekom godišnjeg odmora – ne mijenja,

⁶⁵ Vidi čl. 2. st. 3. i čl. 6. st. 1. ZV-a.

⁶⁶ Vidi čl. 6. st. 1. i čl. 152. st. 1. ZV-a. U tom smislu sa stajališta odredbama ZV-a odgovarajućih odredbi §§ 93, 94 i 946 BGB-a Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 99.

⁶⁷ U tom smislu sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 99.

međutim, karakter poduzeća. Preostanu li eventualno i nakon duljeg mirovanja neke stvari i prava u sastavu poduzeća, prije je riječ o kakvoj nepovezanoj gomili stvari koje po inerciji plutaju u pravnom i poslovnom prometu. Ti “ostaci ostataka” više ne pokazuju nikakvu sličnost sa živim poduzećem. Uspostavljanje poduzetničke aktivnosti može se izjednačiti s prenošenjem poduzeća jer se tada svi bitni predmeti vezani uz poslovne pogone i obrtni kapital, vade iz jednoga poduzetnika i “još živi” prebacuju drugome poduzetniku.⁶⁸ Riječ je o propasti poduzeća kao posebnog predmeta pravnog i poslovnog prometa istroši li ga se, iskoristi li ga se dakle do krajnjih granica, tako da se iz njega isiše sva zdrava supstanca.⁶⁹

Spomenuta rasprava ne sukobljava se sa stajalištem koje je njemački BGH izrazio u predmetu “solarij”.⁷⁰ U tom predmetu usvojen je kondikijski zahtjev te je dopušteno vraćanje neto kupovne cijene uz istodobno vraćanje inventara i preostalih zaliha robe solarija u kojem je u međuvremenu – dakle nakon što je solarij kao poduzeće prenesen bez osnove kupcu – zamrla svaka poduzetnička aktivnost. Činjenični opis tog slučaja bio je snažno obilježen poslovnom nesposobnošću kupca poduzeća. BGH je ispravno otklonio tužiteljev zahtjev da mu tuženik vrati vrijednost koristi koju je namaknuo koristeći u međuvremenu ugašeno poduzeće te stoga nije primijenio saldo teoriju.⁷¹

Likvidacija/stečaj nositelja poduzeća nije isto što i gašenje poduzeća. Donošenje odgovarajuće odluke – u skladu sa strogo propisanim pretpostavkama ZTD-a, odnosno SZ-a – o likvidaciji/stečaju nositelja poduzeća – društva s ograničenom odgovornošću, dioničkog društva, javnog trgovačkog društva, komanditnog društva i gospodarskog interesnog udruženja – ne rezultira sama po sebi prestankom svake poduzetničke aktivnosti. Započinjanjem likvidacijskog/stečajnog postupka mijenja se samo cilj zbog kojeg je osnovano trgovačko društvo kao nositelj poduzeća. Cilj više nije usmjeren k stjecanju dobiti putem poduzeća, nego k tome da se unovči imovinu u sastavu poduzeća. Poduzetnička djelatnost, tj. aktivnost, često se nastavlja potpuno istim intenzitetom i u stečajnom postupku. Posebice je česta sanacija poduzeća nakon što se otvori stečajni postupak protiv nositelja poduzeća – jasno je da tada radi provedbe stečajnog postupka treba intenzivirati, a ne zatomiti poduzetničku aktivnost stečajnog dužnika kao nositelja poduzeća. Odluka o tome je li moguće vratiti

⁶⁸ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 99.

⁶⁹ U tom smjeru i Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 55.

⁷⁰ O tom slučaju vidi BGH NJW 1994, 2021.

⁷¹ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 100.

poduzeće ne ovisi stoga neposredno o pravnom statusu nositelja poduzeća – za odluku nije bitno što se zapravo zbiva s nositeljem poduzeća kao pravnim subjektom; posluje li on redovito ili je, pak, u stečaju ili likvidaciji. Odlučujuće je stoga poduzima li se i dalje poduzetnička aktivnost s pomoću predmeta koji su preostali u sastavu imovine nositelja poduzeća.⁷² Otvori li se, međutim, protiv nositelja poduzeća stečajni ili likvidacijski postupak, pojačava se uloga kriterija koji govore u prilog obustavljanju/gašenju poduzetničke aktivnosti.⁷³ Ti kriteriji moraju u svakom slučaju biti jasni svim nepristranim trećim osobama. Indicij o tome moguć je obustavi li, primjerice, stečajni dužnik odnose sa svojom klijentelom tako da otkloni njihove daljnje narudžbe. Poduzetničkoj aktivnosti, tj. djelatnosti, očito je kraj otuđe li se u stečajnom postupku poslovnih pogona, a namaknuti se novac ne stavi u funkciju održavanja poduzeća na životu, nego se razdijeli stečajnim vjerovnicima ili, pak, razlučnim ili izlučnim vjerovnicima.⁷⁴

b) Subjektivna nemogućnost vraćanja poduzeća

Odredba čl. 323., odnosno čl. 1111. st. 1. ZOO-a izjednačuje slučajeve objektivne i subjektivne nemogućnosti vraćanja. Vraćanje *in natura*, pravno gledajući, nije moguće stekne li tko poduzeće bez osnove na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća, pa ga zatim otuđi u cijelosti ili, pak, otuđi predmete u njegovu sastavu. Okolnosti tada potvrđuju da kupac poduzeća nije kadar vratiti poduzeće *in natura*, pa stoga nije obvezan ponovno pribaviti kondikcijskom vjerovniku poduzeće kao predmet kondikcijskog zahtjeva.⁷⁵

3.3. Je li kondikcijski dužnik obvezan vratiti *in natura* i preinačeno poduzeće?

Vraćanje *in natura* u smislu odredbe čl. 323., odnosno čl. 1111. st. 1. ZOO-a nije moguće ni kad kondikcijski dužnik preinači poduzeće koje je stekao bez osnove. Zaključi li se suprotno, kondikcijski vjerovnik ne bi dobio natrag

⁷² Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 100.

⁷³ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 100.

⁷⁴ U tom smislu i Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 101.

⁷⁵ Tako Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, str. 274; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 101.

predmet što ga je izvorno izgubio bez osnove, nego bi se neopravdano domogao rezultata posebne dužnikove poduzetničke aktivnosti, tj. djelatnosti.⁷⁶ U tom smislu i na vraćanje poduzeća treba na odgovarajući način primijeniti rezon odredbe čl. 148. st. 3. ZV-a.⁷⁷ Nije, međutim, lako precizno odrediti kad treba baratati kategorijom preinačenog poduzeća. Pritom nema velike koristi od puke fraze po kojoj su okolnosti pojedinog slučaja presudne za odluku o tome je li promjena stvari ili skupnih stvari uzrokovala nemogućnost vraćanja poduzeća.⁷⁸ Njemačka sudska praksa široke ruke potvrđuje da promjene predmeta kondikcijskog zahtjeva dovode do nemogućnosti vraćanja *in natura*. Raspravljalo se ponajprije o problemu promjene predmeta kondikcijskog zahtjeva u slučajevima građenja na tuđem zemljištu koje je stečeno bez osnove. Vraćanje zemljišta *in natura* nije doduše isključeno ako je na zemljištu i na njemu podignutim građevinama došlo do znatnijih radova koji su u konačnici povećali vrijednost samog zemljišta. Sudska praksa otklonila je i samu mogućnost vraćanja zemljišta *in natura* kad je kupac poduzeća obavljajući građevinske radove na zemljištu prodavatelja poduzeća “stvorio gospodarski gledano nešto potpuno drukčije” tako što je, primjerice, na zemljištu sagradio tvornicu u koju su bili čvrsto ugrađeni poslovni pogoni.⁷⁹ Vraćanje tada nije moguće jer bi se pod njim razumjelo vraćanje neke druge, a ne dužne činidbe.⁸⁰ Dajući prednost kondikcijskom zahtjevu za vraćanje vrijednosti postignute koristi pred zahtjevom za vraćanje *in natura*, BGH⁸¹ ipak u konačnici stavlja težište na odnos između vrijednosti zemljišta i vrijednosti građevina podignutih na tom zemljištu, a ne na to je li se primjerice sačuvao gospodarski karakter parcele kao zemljišta na kojem je ionako bila predviđena izgradnja građevina poput te konkretne tvornice.⁸²

⁷⁶ Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 589; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 101.

⁷⁷ “Ako je netko tuđe stvari preradio ... tako da je time nastala nova stvar osobite umjetničke ili druge kulturne vrijednosti koja bi propala povratom u prijašnje stanje prerađenih ... stvari, tada on ima pravo zahtijevati da sud odluči da se ne dopusti uspostava prijašnjeg stanja, odnosno rastavljanje stvari.” Tako sa stajališta čl. 148. st. 3. ZV-a odgovarajućeg § 950 BGB-a Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 589.

⁷⁸ Međutim, vidi u tom smislu Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 590.

⁷⁹ O ustaljenoj njemačkoj sudskoj praksi u tom smjeru vidi Lorenz, W., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 21.

⁸⁰ Tako Lorenz, W., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 21.

⁸¹ I taj je drugi zahtjev prema njemačkom pravu – zbog tamo prisutnog načela apstraktne tradicije – samo varijanta kondikcijskog zahtjeva. Rasprava vrijedi, dakle, na odgovarajući način i za hrvatsko pravo, a ne doslovno.

⁸² Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 100.

Tom zacrtanom smjeru BGH može se spočitati da nije u skladu sa stvarnopravnim načelom iz čl. 6. ZV-a⁸³ po kojem dio stvari koji se ne može od nje odvojiti, a da ne bude time uništen on ili sama stvar (bitni dio), ne može biti samostalnim objektom stvarnih prava, ako zakonom nije što drugo određeno.⁸⁴ Na temelju te odredbe moglo bi se, naime, zaključiti da bi se kupac poduzeća u slučaju preinačavanja poduzeća mogao pozvati na troškove koje je pritom izdvojio, i to sa stajališta općeg kondikcijskog prigovora po kojem nije obvezan vratiti ono za što nije više neopravdano obogaćen u trenutku vraćanja.⁸⁵ Drugim riječima, kondikcijski dužnik ima pravo uskratiti kondikcijskom vjerovniku vraćanje predmeta kondikcijskog zahtjeva sve dok mu kondikcijski vjerovnik ne namiri troškove za koje s općeg stajališta instituta neopravdanog obogaćenja treba umanjiti njegovu obvezu s naslova neopravdanog obogaćenja. Pokaže li kondikcijski vjerovnik jasno svoju spremnost da obešteti kondikcijskog dužnika za te troškove, više ne postoji razlog da po toj osnovi kondikcijskom vjerovniku izmakne predmet njegova kondikcijskog zahtjeva jer je smisao supsidijarno postavljenih zahtjeva u čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. ZOO-a da se zaštiti vlasnika, kondikcijskog vjerovnika, a ne da se daje bilo kakvog povoda samovolji, tj. privatnopravnim “manevrima” kondikcijskog dužnika.⁸⁶

Nije uvjerljivo ni stajalište njemačke sudske prakse niti njihova kritika sa stajališta odredbe čl. 6. ZV-a. Oba ta stajališta polaze, naime, s preuskih stvarnopravnih pozicija.⁸⁷ Neopravdano se zatire kompleksna obveznopravna priroda poduzeća okrnji li ga se ili rastavi u postupku nastupanja ništavosti ugovora o kupoprodaji poduzeća na puke binarne stvarnopravne čimbenike. BGH upravo to čini kad izjednačuje poduzeće kao predmet kondikcijskog zahtjeva sa zemljištem tako što poduzeću nastoji “pridružiti” sve one imovinske vrijednosti koje mu “pripadaju”, tj. “gravitiraju”. BGH pritom gubi iz vida da se poslovna zemljišta uvijek mogu vratiti *in natura*, pa stoga – prihvati li se stajalište koje zagovara BGH – praktički nikad ne bi bilo u smislu čl. 323. st. 1. ZOO-a moguće vratiti poduzeće kao poseban predmet pravnog prometa. Kritika prakse BGH sa stajališta odredbe čl. 6. ZV-a – a nju je ponajprije artikulirao Lieb –

⁸³ Vidi odgovarajuću odredbu § 946 BGB-a.

⁸⁴ U tom smjeru sa stajališta odredbi čl. 6. ZV-a odgovarajućeg § 946 BGB-a Lieb, M., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 BGB-a Rbr. 31.

⁸⁵ U tom smjeru sa stajališta izričite odredbe § 818 st. 3. BGB-a Lieb, M., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 BGB-a Rbr. 31.

⁸⁶ U tom smjeru sa stajališta hrvatskom pravu *mutatis mutandis* odgovarajuće odredbe § 818 st. 2. BGB-a Lieb, M., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 BGB-a Rbr. 31.

⁸⁷ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 103.

nije uvjerljiva jer je vraćanje poslovnih pogona i obrtnog kapitala *in natura* isto tako u pravilu uvijek moguće. Institutu neopravdanog obogaćenja i vindikacije strana je, k tome, i konstrukcija prema kojoj kondikcijski vjerovnik može tobože birati – ovisno o tome kako se postavi prema zahtjevu kondikcijskog dužnika za naknadu troškova koje je imao u slučaju preinačavanja poduzeća – hoće li zahtijevati vraćanje poduzeća *in natura* ili vraćanje vrijednosti postignute koristi. Za odluku o tome treba li poduzeće vratiti *in natura* također je potpuno nebitno je li vjerovnik kadar i je li u stanju preuzeti i nastaviti voditi poduzeće koje je dužnik stekao bez osnove.⁸⁸ Dopusti li se drukčije stajalište, prihvaća se *de facto de lege lata* nepostojeće pravo vjerovnika da sam odluči o tome hoće li zahtijevati vraćanje *in natura* ili kroz vrijednost postignute koristi.⁸⁹

Svaka rasprava o tome pod kojim pretpostavkama preinačavanje poduzeća objektivno rezultira nemogućnošću njegova vraćanja *in natura* treba početi od toga je li pojedino preinačeno poduzeće vrijednosno gledajući u istoj ravni s upropaštenim poduzećem.⁹⁰ Samo u strogo ograničenim slučajevima preinačavanja poduzeća doći će do vraćanja vrijednosti postignute koristi nauštrb vraćanja poduzeća *in natura*. Preinačeno poduzeće – ukupno gledajući – ne smije više imati nikakve sličnosti s poduzećem koje je kondikcijski dužnik prvotno bio stekao bez osnove na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća. Samo korijenske promjene strukture, tj. organizacije poduzeća kadre su opravdati nemogućnost vraćanja poduzeća kao predmeta pravnog prometa *sui generis*. Promjene identiteta poduzeća kao predmeta pravnog prometa nisu prisutne već na temelju puke činjenice da je od prijenosa poduzeća bez osnove – dakle od trenutka sklapanja ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća pa do trenutka vraćanja – kondikcijski dužnik dulje vodio to poduzeće na vlastitu odgovornost.⁹¹ Zahtjev za vraćanje poduzeća *in natura* preokreće se u zahtjev za vraćanje vrijednosti postignute koristi stjecanjem poduzeća bez osnove samo u slučajevima temeljitih kvalitativnih promjena u području poduzetničke aktivnosti, tj. djelatnosti.⁹² Ulaganja u održavanje i razvoj nipošto nisu znak preinačavanja poduzeća, prije je posrijedi snažan indicij o zdravom poduzetničkom zadržavanju već uspostavljenog identiteta poduzeća. O tome

⁸⁸ Tako Lorenz, S., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 21.

⁸⁹ Tako Lorenz, S., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 21.

⁹⁰ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 103.

⁹¹ O suprotnim stajalištima u njemačkoj pravnoj književnosti o kojima se i on kritički izjašnjava vidi Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 104.

⁹² Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 591; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 104.

je li sačuvan identitet poduzeća odlučuje se usporedbom prvotno prenesenog poduzeća bez osnove i aktualnog poduzeća koje se vodi u trenutku kad je kondikcijskom dužniku istaknut zahtjev za njegovim vraćanjem. Pri tome treba posebno imati u vidu faktične odnose s klijentelom i poslovnim partnerima kojima je ponajprije prožeta svaka poduzetnička aktivnost. Poduzetnička aktivnost, tj. djelatnost, može se korjenito izmijeniti, a da pritom formalni sastav poduzeća ostane bitno isti, kao i u trenutku kad ga je dužnik prvotno stekao bez osnove. Pojedina trgovačka društva obvezna su individualizirati predmet svojeg poslovanja, odnosno poduzeća u statutu ili u društvenom ugovoru – čl. 173. st. 3. toč. 2., čl. 388. toč. 3. ZTD-a.⁹³ Usmjerenost pojedinog društva prema postizanju zajedničkog cilja svojih članova snažno je povezana s predmetom poduzeća tog konkretnog društva. Statutom propisane poslovne djelatnosti puko su sredstvo za ostvarivanje tog zajedničkog cilja, predmeta poduzeća. Zajedničkim ciljem, odnosno predmetom poduzeća, opisuje se u grubim crtama okvir poduzetničke aktivnosti, tj. djelatnosti. Individualizacija predmeta poduzeća statutom, odnosno društvenim ugovorom, u pravilu otvara velik prostor slobode za širenje ili sužavanje poduzetničke aktivnosti, tj. djelatnosti.⁹⁴ Promjena predmeta poslovanja u smislu predmeta poduzeća redovito je jak indicij o tome da se poduzeće korjenito, tj. kvalitativno preinačilo.⁹⁵ Tada nije, međutim, nužno posrijedi promjena identiteta poduzeća u smislu odredbe čl. 323. st. 1. i čl. 1111. st. 1. ZOO-a. Tvrtka je ime pod kojim trgovac nastupa na tržištu, pa njezina promjena u pravilu ne dovodi i do promjene poduzeća. Otud li, međutim, trgovac svoju tvrtku, on zajedno s njome mora otuđiti i bitni pretežiti dio svojeg poduzeća – čl. 23. st. 1. ZTD-a – pa tada u pravilu dolazi i do promjene identiteta poduzeća onog trgovca koji je otuđio svoju tvrtku. U tom je slučaju posrijedi čak i snažniji indicij o tome da se promijenio identitet poduzeća u odnosu na onaj koji se susreće u slučaju promjene predmeta poslovanja.⁹⁶

Canaris zastupa stajalište po kojem prodavatelj zemljišta ima interes da mu se zemljište kao predmet vraćanja vrati *in natura* unatoč tome što je kupac zemljišta povećao njegovu vrijednost tako što je u zemljište kao primarni pred-

⁹³ § 3 st. 1. AktG-a propisuje da je dioničko društvo trgovačko društvo i kad predmet njegova poduzeća nije obavljanje gospodarske djelatnosti. Vidi § 3. st. 1. Br. 2. GmbHG-a i § 23 st. 3. Br. 2. AktG-a.

⁹⁴ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 104.

⁹⁵ Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 591; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 104.

⁹⁶ Suprotno tome Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 591; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 104, 105.

met vraćanja uložio znatna sredstva, podižući na zemljištu primjerice tvornicu. Prodavatelj zemljišta ima tada pravo na vraćanje *in natura* unatoč tome što u načelu ima i obvezu da kupcu zemljišta podmiri spomenute troškove koji su povećali vrijednost zemljišta kao primarnog predmeta zahtjeva za vraćanje, odnosno unatoč prigovoru po kojem ima pravo otkloniti vraćanje u dijelu za koji nije više neopravdano obogaćen. Dok ne podmiri te obveze, prodavatelj zemljišta ne bi u načelu mogao zahtijevati da mu se predmet njegova zahtjeva vrati *in natura*. Rješenje tada treba tražiti i na temelju analogije s odredbom čl. 1085. ZOO-a o odnosu između zahtjeva za uspostavu prijašnjeg stanja i naknade štete. Kupac zemljišta bio bi primjereno tome obavezan vratiti vrijednost postignute koristi samo ako štetne posljedice na njegovoj strani, a koje bi bile skupčane s vraćanjem *in natura*, ne bi bile ni u kakvom odnosu s prednostima koje bi prodavatelj zemljišta time sebi pribavio.⁹⁷ Canaris ne razgraničuje vraćanje *in natura* prema vraćanju vrijednosti postignute koristi s pomoću pretpostavki koje su usko vezane uz objektivnu nemogućnost vraćanja predmeta zahtjeva *in natura*. Vraćanje vrijednosti postignute koristi nadomješta vraćanje *in natura* uvijek kad nije razumno, primjereno ili opravdano očekivati vraćanje *in natura*. Kupac poduzeća stoga nije obavezan vratiti poduzeće *in natura* čak i ako je to objektivno moguće, ali to ukupno gledajući ne bi bio opravdano jer se u smislu odredbe čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. ZOO-a “narav onoga što je ispunjeno – dakle pravna priroda poduzeća prenesenog bez osnove! – protivi vraćanju.”⁹⁸ Objektivna nemogućnost vraćanja *in natura* izjednačena je, dakle, sa slučajevima kad se pravna priroda predmeta vraćanja protivi vraćanju *in natura*. Na istom tragu je i rezon pravila čl. 1085. st. 4. ZOO-a o redoslijedu popravljivanja štete uspostavom prijašnjeg stanja i naknadom štete. Naknada u novcu dosudit će se, naime, oštećeniku ako on to zahtijeva, a okolnosti pojedinog slučaja ne opravdavaju uspostavu prijašnjeg stanja.⁹⁹ Taj rezon provlači se čitavim ZOO-om, posebice odredbama čl. 369. i čl. 373. ZOO-a koje u strogo zacrtanim okvirima gospodarsku nemogućnost – granicu podnošljivosti veza-nosti preuzetim činidbama – izjednačuju s pravnim preprekama/smetnjama, tj. s pravnom nemogućnošću.¹⁰⁰ Među okolnostima pojedinog slučaja koje ne

⁹⁷ Tako Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, str. 273.

⁹⁸ Tako Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, str. 273, sa stajališta odredbi čl. 323. st. 1. ZOO-a u tom dijelu odgovarajućeg § 818 st. 3. BGB-a.

⁹⁹ Tako Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, str. 273, sa stajališta odredbi čl. 1085. st. 1. ZOO-a u tom dijelu odgovarajućeg § 251 st. 2. BGB-a.

¹⁰⁰ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 104.

opravdavaju uspostavu prijašnjeg stanja, vraćanje *in natura* u smislu čl. 1085. st. 4. ZOO-a (teleološkom analogijom taj rezon treba na odgovarajući način primijeniti i na čl. 323. st. 1. ZOO-a) treba imati u vidu i slučajeve “gospodarske nemogućnosti” u smislu čl. 369., čl. 373. ZOO-a. Nije u pravilu opravdano nametnuti kupcu poduzeća obvezu vraćanja poduzeća *in natura* ako je on korjenito preinačio poduzeće koje je prvotno bio stekao bez osnove. U tom slučaju prvotno stečeno poduzeće preobrazilo se dužnikovim poduzetničkim naporima/aktivnostima u sasvim drukčiji predmet pravnog prometa; prvotno stečeno poduzeće nestalo je stoga s pravno relevantnog restitucijskog horizonta, pa ga više nije ni moguće vratiti *in natura*.

IV. OVISNOST PRAVILA O VRAĆANJU O USTROJU PODUZEĆA

4.1. Problem vraćanja poduzetnički monokulturalno ustrojenog/organiziranog poduzeća

Nema većih teškoća kako se postaviti u postupku vraćanja poduzeća preinači li se korjenito poduzetnički monokulturalno orijentirano poduzeće koje je prvotno bilo stečeno bez osnove pa to rezultira obvezom vraćanja vrijednosti postignute koristi umjesto primarnom obvezom vraćanja poduzeća *in natura*. Činjenični opisi triju predmeta iz nama u tom dijelu poredbene njemačke sudske prakse potvrđuju spomenuto stajalište.¹⁰¹ O preinačavanju poduzeća u tom smislu riječ je, primjerice, dogradi li se običnu gostionicu u hotel, prenamijeni li se tvornicu alkohola u tvornicu vijaka te izgradi li se na mjestu parne pilane potpuno novu tvornicu. Poduzeće je preinačeno i kad novinski izdavač počne umjesto dnevnih novina izdavati tjednik.¹⁰² U svim tim pobrojenim primjerima područje poduzetničke aktivnosti korjenito se promijenilo. Učinjen je, naime, za identitet poduzeća ključan zaokret jer poduzeće ne služi više obavljanju prvotno zacrtanih poduzetničkih činidbi. Budući da poduzeće služi obavljanju potpuno drukčijih činidbi, tj. poduzetničkih aktivnosti, mijenja se i njegov identitet. O tome je li poduzetnik/kupac poduzeća naciljao poduzećem koje je stekao bez osnove potpuno novu tržišnu nišu precizno svjedoči to što

¹⁰¹ Primjere vidi u: Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 106.

¹⁰² Tako Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 591; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 106.

je, primjerice, svojim poduzetničkim angažmanom – poduzetničkom “transfuzijom”, potpuno promijenio sliku svojih odnosa s dobavljačima, poslovnim partnerima i klijentelom. Promjene poduzeća tog tipa svode su u konačnici na poduzetničku aktivnost kupca poduzeća, a ne na puko “podražavanje” pravca poduzetničke aktivnosti što ga je zacrtao još prodavatelj poduzeća, prvotni nositelj poduzeća. Posegne li tada kupac poduzeća za vraćanjem supstance poduzeća koje je prvotno bio izgubio bez osnove, treba ga odbiti s njegovim zahtjevom za vraćanje *in natura* jer poseže za nečim što mu više jednostavno ne pripada, pa ga stoga valja uputiti na podredni zahtjev s naslova vraćanja vrijednosti postignute koristi.

4.2. Problem vraćanja poduzetnički diversificirano ustrojenog/organiziranog poduzeća

Puno se teže ispravno postaviti u postupku vraćanja poduzeća preinači li se korjenito poduzetnički diversificirano orijentiran predmet poduzeća. Poduzetnik može doduše sudjelovati putem poduzeća samo u jednoj grani, no nema zapreke da i tada nudi više različitih proizvoda ili usluga.¹⁰³ Izdavač može, primjerice, osim knjiga i stručnih časopisa, nuditi tržištu, sudjelujući na njemu putem svojeg poduzeća, i dnevni tisak, tjednike ili mjesečnike, razne revije i oglasnike. Paleta izdavačevih proizvoda može uključivati i video materijale, DVD-e i CD-e; nema zapreke nuđenju proizvoda internetom, *on line*.¹⁰⁴ Sve te poduzetničke aktivnosti izražene različitom paletom proizvoda dadu se ukratko opisati statutom kao poslovna djelatnost izdavaštva i distribucije tiskovina.¹⁰⁵ Prenese li se bez osnove poduzetnički diversificirano orijentirano poduzeće, nije posrijedi uvjerljiv indicij o tome kako se to poduzeće kvalitativno preinačilo razvija li kupac poduzeća nove, dotadašnjoj prodavateljevoj poduzetničkoj aktivnosti srodne proizvode, i otvara li za njih nova tržišta ili tržišne niše.¹⁰⁶ Nije sporno da tako treba zaključiti uvijek kad je širenje poduzetničke aktivnosti skopčano s uvođenjem novih proizvoda, a da za to nije bilo potrebno mijenjati odredbe statuta o predmetu poslovanja.¹⁰⁷ Širenje poduzet-

¹⁰³ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 106.

¹⁰⁴ Primjer vidi u: Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 106.

¹⁰⁵ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 106.

¹⁰⁶ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

¹⁰⁷ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

ničke djelatnosti nije u tom slučaju znak nikakvog radikalnog zaokreta s prije uspostavljene poduzetničke aktivnosti. Riječ je o poduzetništvu svojstvenoj poslovnoj ekspanziji; tržišne zakonitosti jednostavno sile poduzetnike na to kako bi oni uopće i mogli opstati na tržištu.¹⁰⁸ Širenje poduzetničke aktivnosti na nova tržišta nije u pravilu indicij o tome da se preinačilo prvotno bez osnove stečeno poduzeće te da je stoga ukinuta prvotna obveza kondikcijskog dužnika da poduzeće vrati *in natura*, odnosno nastanak obveze vraćanja vrijednosti postignute koristi. Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja ishod, tj. zaključak može na koncu biti i drukčiji. Kvalitativno preinačavanje poduzeća, tj. područja poduzetničke aktivnosti, treba prihvatiti ako temeljna djelatnost, odnosno poduzetnička aktivnost koja potječe još iz vremena dok je prodavatelj vodio poduzeće, samo neznatno sudjeluje u ukupnim godišnjim poslovnim rezultatima; ako, dakle, potpunu prevagu u tom smislu odnose poduzetničke aktivnosti što ih je počeo, a zatim i razvio kupac poduzeća. Isto vrijedi i kad kupac poduzeća uđe u potpuno nova poslovna područja te tako snažno diversificira poduzeće koje je u trenutku kad ga je bio stekao bez osnove bilo poduzetnički monokulturalno orijentirano.¹⁰⁹ Kvalitativno preinačavanje poduzeća, tj. područja poduzetničke aktivnosti, posrijedi je i kad prvotno poduzetnički diversificirano poduzeće kupac poduzeća s vremenom preustroji u potpuno specijalizirano, monokulturalno poduzeće.¹¹⁰

4.3. Problem vraćanja poduzeća poduzetnički ustrojenog/organiziranog kao konglomerat pogona

Taj isti princip treba primijeniti i u slučaju poduzeća s više konglomerantno ustrojenih/organiziranih pogona.¹¹¹ Više ne dolazi u obzir, primjerice, vraćanje prvotno bez osnove stečenog poduzeća ako kupac poduzeća proširi poslovne sadržaje same benzinske postaje koju je zajedno s pripadajućim uređajima stekao bez osnove tako da u njezinu sklopu otvori auto praonicu te kiosk sa živežnim namirnicama i tiskom.¹¹² Tada u pravilu nije moguće "rastaviti" ili "odvojiti" prvotno bez osnove stečeno poduzeće jer je ono u međuvremenu

¹⁰⁸ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

¹⁰⁹ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

¹¹⁰ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

¹¹¹ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

¹¹² Primjer daje Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

kupčevom poduzetničkom aktivnošću na uskom prostoru postalo pogon koji je organski srastao s ostalim u međuvremenu poslovno stasalom pogonima prodavateljeva jedinstvenog konglomeratno organiziranog/ustrojenog poduzeća. I u ovom slučaju odluka o tome treba li poduzeće vratiti *in natura* ili ga pak treba vratiti kroz vrijednost postignute koristi ovisi o tome je li kupac svojom aktivnošću promijenio identitet prvotno bez osnove stečenog poduzeća. Kvalitativno preinačavanje poduzeća, tj. područja poduzetničke aktivnosti, treba prihvatiti ako temeljna djelatnost, tj. poduzetnička aktivnost koja potječe još iz vremena dok je prodavatelj poduzeća vodio poduzeće, samo neznatno sudjeluje u ukupnim godišnjim poslovnim rezultatima; ako, dakle, potpunu prevagu u tom smislu odnose poduzetničke aktivnosti što ih je počeo, a zatim i razvio kupac poduzeća ustrojivši/organiziravši poduzeće kao konglomerat pogona.

V. SADRŽAJ ZAHTJEVA ZA “NAKNADU”, TJ. VRAĆANJE VRIJEDNOSTI POSTIGNUTE KORISTI

Zahtjev za “naknadu” vrijednosti postignute koristi u smislu čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. ZOO-a lakonski se označuje kao novčano obeštećenje.¹¹³ Prena- glasi li se izraz naknada – u smislu da ga se doslovno shvati kao obeštećenje – nije dalek zaključak po kojem bi primarna obveza vraćanja *in natura* poprimila zaobilazno elemente obeštećenja, čime bi se potmulo, bez ikakvog opravdanja, kondikciju navrnulo na obeštećenje. Oba zahtjeva ciljaju u konačnici na obvezu vraćanja dužnikova neopravdano stečenog bogatstva, a ne na tobožnju dužnikovu odgovornost zbog vjerovnikova osiromašenja. Smisao izraza naknada treba tražiti u tome da je vrijednost postignute koristi ekvivalent vraćanju *in natura*, tj. njegov puki nadomjestak. U biti je samo novac ekvivalent vraćanju predmeta *in natura*. Izraz obeštećenje čini nejasnim smisao zahtjeva iz čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. ZOO-a.

Kondikcijski dužnik obvezan je u načelu, sukladno čl. 1115. ZOO-a, vratiti *in natura*, ili pak vraćanjem vrijednosti postignute koristi, kondikcijskom vjerovniku plodove, koristi i druge pogodnosti koje je namaknuo dok je bez osnove vodio njegovo poduzeće. Tim plodovima pripadaju, na temelju odgovarajuće primjene čl. 8. st. 4. ZV-a, i prinosi koji se ostvaruju korištenjem poduzeća. Vrijednost tih prinosa odmjerava se u smislu odredbe čl. 1111. st.

¹¹³ Tako sa stajališta odredbama čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. ZOO-a odgovarajućeg § 818 st. 2 BGB-a Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 108.

1. ZOO-a, sukladno kamati koja bi se bila namaknula da se poduzeće dalo u zakup.¹¹⁴ Dvojbeno je ima li kondikcijski dužnik pravo suprotstaviti zahtjevu kondikcijskog vjerovnika za vraćanje poduzeća prigovor da više nije neopravdano obogaćen za njegovo poduzeće. Prigovor treba u načelu otkloniti u vezi s ništavim ugovorima o zakupu poduzeća, a uvažiti u vezi s ništavim ugovorima o kupoprodaji poduzeća.¹¹⁵ Pošteni kondikcijski dužnik – ako, dakle, prema njemu nije istaknut zahtjev za vraćanje – ima pravo suprotstaviti zahtjevu kondikcijskog vjerovnika za vraćanje poduzeća svoje zahtjeve za naknadu troškova s naslova odredbe čl. 1116. ZOO-a, pod pretpostavkom da te troškove nije izdvojio “iz imovine poduzeća koje je stekao bez osnove”, nego iz svoje “izvorne imovine”. Kondikcijski dužnik nema pravo umanjiti svoju obvezu vraćanja za iznos troškova koje potražuje s naslova čl. 1115. ZOO-a prema kondikcijskom vjerovniku ako ima obvezu vratiti poduzeće *in natura* – a ne vratiti vrijednost postignute koristi. Taj dužnikov prividni pravni hendikep treba otkloniti tako da se sukladno načelu sinalagmatičnosti prizna dužniku pravo da vjerovniku uskrati vraćanje poduzeća sve dok mu on jasno ne potvrdi svoju spremnost da mu istodobno naknadi troškove na koje ima pravo s naslova čl. 1115. ZOO-a.¹¹⁶

Dobit koju je kondikcijski dužnik crpio iz poduzeća ne pripada pojmovima pogodnosti i koristi jer nije riječ ni o stvarnopravnim niti o civilnopravnim plodovima, pa ni o koristima/pogodnostima koje bi kondikcijski dužnik namaknuo neopravdanim korištenjem tuđeg poduzeća u smislu odredbe čl. 1111. st. 1. i čl. 1115. ZOO-a.¹¹⁷ Zahtjev za vraćanje dobiti ne može se konstruirati ni analognom primjenom odredbi ZV-a o vraćanju koristi i pogodnosti u slučajevima kad dobit nije namaknuta upravo zbog osobne poslovne umješnosti i aktivnosti kondikcijskog dužnika.¹¹⁸ Poduzetnik – pa tako i kondikcijski

¹¹⁴ Sa stajališta odgovarajućih odredbi njemačkog prava vidi Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 57; BGH NJW 1978, 1578.

¹¹⁵ Sa stajališta odgovarajućih odredbi njemačkog prava vidi Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 58.

¹¹⁶ U tom smislu vidi i Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 59.

¹¹⁷ Sa stajališta odgovarajućih odredbi njemačkog prava vidi Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 60.

¹¹⁸ U tom smislu, međutim, sa stajališta odgovarajućih odredbi njemačkog prava BGH NJW 1978, 1578. S tom sudskom praksom suglasan je i Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 6 IV. 1. Kritički o toj sudskoj praksi Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV 4. Rbr. 61.

Njemačka sudska praksa dopušta da se kondikcijskom vjerovniku vrate prinosi koji su “svojestveni poduzeću”, a uskraćuje mu pravo na prinose koje je kondikcijski dužnik namaknuo svojom vlastitom poduzetničkom aktivnošću.

dužnik – privređuje, tj. ostvaruje dobit obavljajući u pravilu pravne poslove. Dobit je *commodum ex negotiatione* te stoga ne pripada dijelu imovine koji je u smislu odredbe čl. 1111. st. 1. ZOO-a kadar bez osnove prijeći iz imovine kondikcijskog vjerovnika u imovinu kondikcijskog dužnika. Tome treba pridodati da posebnosti dužnikove poduzetničke aktivnosti – poput preuzimanja rizika, pregleda poslovnih prilika, sposobnost donošenja poslovnih odluka i njihove provedbe – nisu ni približno zaštićene uputi li se kondikcijskog dužnika da svoju pravnu zaštitu u tom smislu potraži s naslova odredbe čl. 8. st. 6. ZV-a.¹¹⁹ “Troškovi poduzetničke ingenioznosti” jednostavno nisu mjerljivi sa stajališta odredbe čl. 8. st. 6. ZV-a. Nije ni najmanje sporan rezon po kojem kondikcijski vjerovnik ima pravo participirati u prilikama za ostvarivanje dobiti ako su one bile imanentne poduzeću u trenutku kad je ono bez osnove pripalo kondikcijskom dužniku.¹²⁰ Do tog cilja treba, međutim, doći tako da se visina zahtjeva za “naknadu”, tj. vraćanje vrijednosti postignute koristi – koji je kondikcijski dužnik obavezan namiriti s naslova odredbe čl. 1111. st. 1. ZOO-a – utvrdi s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja i s *ex post* stajališta, odnosno upravo za to poduzeće i uz znanje o tome kako će se dalje razvijati poslovanje i kako će

¹¹⁹ Kritički o toj sudskoj praksi sa stajališta odredbi čl. 8. st. 6. ZV-a odgovarajućoj odredbi § 102. BGB-a Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV 4. Rbr. 61. Odredba čl. 8. st. 6. ZV-a propisuje: “Tko je dužan predati plodove neke stvari ili prava, ovlašten je zahtijevati naknadu troškova koje je imao radi dobivanja tih plodova, ako bi ih imao dobar gospodar, ali nikada više od vrijednosti plodova koje je dužan predati.”

¹²⁰ U predmetu BGH NJW 1978, 1578, B je S-u prodao benzinsku crpku sa zemljištem. S je pao u stečaj prije nego što je platio cijenu. B je raskinuo ugovor i zahtijevao vraćanje poduzeća jer S nije ispunio svoju glavnu ugovornu činidbu. Postavilo se pitanje je li S osim zemljišta i ostatka poduzeća bio dužan vratiti i koristi koje je u međuvremenu privrijedio putem poduzeća. BGH je potvrdio obvezu vraćanju i u tom dijelu jer je smatrao da su te koristi pripadale poduzeću, a ne S-u kao njegovu nositelju. U ovom slučaju namaknuta dobit nije, naime, bila vezana uz osobu S, pa je BGH u konačnici ispravno presudio da tu dobit treba vratiti B-u.

U predmetu BGHZ 63, 365, K je B-u dao u zakup svoj poslovni pogon “Amanda” – prenoćište s barom i bordel. Postavilo se pitanje je li B zbog ništavosti tog ugovora – zbog njegove suprotnosti moralu – osim pogona bio dužan vratiti i koristi koje je u međuvremenu privrijedio putem tog pogona. BGH je otklonio obvezu vraćanja dobiti koja je bila namaknuta obavljanjem nemoralnih djelatnosti vezanih ponajprije uz prostituciju, ali je istodobno priznao K-u pravo na vraćanje prinosa koji bi taj zakupljeni pogon, objektivno gledajući, bio donosio da se u njemu obavljala neka dopuštena djelatnost. BGH objektivni prinos poduzeća prosuđuje sa stajališta analogne primjene odredbi §§ 990, 987 BGB-a. Njima sa stajališta hrvatskog prava odgovaraju odredbe čl. 165. st. 6. ZV-a.

Pobliže o tim slučajevima u: Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 6 IV. 1.

se ubuduće kretati dobit.¹²¹ Treba stoga zaključiti kako se dobit namaknuta u sklopu dužnikova neopravdanog obogaćenja tuđim, vjerovnikovim poduzećem vraća samo posredno, i to po pravilima o objektivnim prinosima poduzeća. Stoga je u načelu riječ o zakupnini, odnosno o odgovarajućoj naknadi za korištenje poduzeća, koju bi objektivno gledajući dužnik inače bio dužan namiriti vjerovniku kao imatelju poduzeća.¹²²

Visinu novčanog iznosa koji treba vratiti s naslova čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. ZOO-a utvrđuje se objektivno.¹²³ Vrijednost poduzeća određuje se u pravilu metodom prinosa. Pobornici suprotne subjektivne teorije vrijednost poduzeća utvrđuju na temelju dužnikovih individualnih odnosa, upuštajući se pritom u istraživanje toga koje je sve pogodnosti dužnik konkretno namaknuo time što je poduzeće stekao bez osnove. Pristup problemu s tog stajališta nije uvjerljiv jer je zahtjev za "naknadu" vrijednosti postignute koristi neposredan rezultat instituta neopravdanog obogaćenja, a ne tobožnjeg instituta neopravdanog osiromašenja. Visina zahtjeva za "naknadu" vrijednosti postignute koristi utvrđuje se sa stajališta kondikcijskog dužnika, a ne sa stajališta kondikcijskog vjerovnika. Subjektiviziranje pojma vrijednost postignute koristi ponajprije miješa neopravdano obogaćenje s onim što se konkretno, trenutačno nalazi u dužnikovoj imovini, a u njoj se zateklo tako što je dužnik baratao onim što je prvotno bio stekao bez osnove, za što se, dakle, neopravdano obogatio. Obveza da se naknadi vrijednost postignute koristi usmjerena je, međutim, na ono što je dužnik bio prvotno stekao bez osnove, za što se, dakle, neopravdano obogatio s točno određenog vremenskog stajališta. Subjektiviziranje pojma vrijednost postignute koristi iskrivljeno postulira tobožnju obvezu kondikcijskog dužnika da kondikcijskom vjerovniku naknadi sve koristi koje je namaknuo za čitavo vrijeme dok je bio u obvezi s naslova neopravdanog obogaćenja, tj. stjecanja bez osnove. Dobit koju je kondikcijski dužnik crpio iz poduzeća ne pripada pojmovima pogodnosti i koristi jer nije riječ ni o stvarnopravnim niti o civilnopravnim plodovima, pa ni o pogodnostima koje bi kondikcijski dužnik namaknuo neopravdanim korištenjem tuđeg poduzeća.¹²⁴

Vrijednost postignute koristi treba točno vremenski odrediti. Visina zahtjeva za vraćanje vrijednosti postignute koristi, pa i sam zahtjev, ovisi o tome koji

¹²¹ Tako Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV 4. Rbr. 61.

¹²² U tom smjeru i Ballerstedt, K., *op. cit.* u bilj. 1, str. 300; Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 593; Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 62.

¹²³ Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, str. 275.

¹²⁴ Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 60.

je trenutak mjerodavan za njegovo utvrđivanje. Pritom treba poći od trenutka kad se kondikcijski dužnik bez osnove domogao određene tuđe vrijednosti.¹²⁵ Zahtjev za vraćanje vrijednosti postignute koristi iz čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. ZOO-a ima pomoćnu funkciju u odnosu prema primarnom zahtjevu za vraćanjem *in natura*. Ako je stoga vraćanje predmeta što ih je dužnik prvotno stekao bez osnove naknadno postalo nemoguće, vrijednost postignute koristi treba vratiti s obzirom na trenutak kad je nastupila nemogućnost, a ne s obzirom na prijašnji trenutak kad je vjerovnik stekao prema dužniku zahtjev za povrat.¹²⁶ Jednako vrijedi i kad je vraćanje predmeta što ih je dužnik prvotno stekao bez osnove naknadno postalo nemoguće jer je dužnik naknadno otuđio te predmete stečene bez osnove. Prvotni zahtjev za vraćanje *in natura* preobrazuje se u zahtjev za vraćanje vrijednosti postignute koristi tek u trenutku kad dužnik otuđi predmet što ga je stekao bez osnove, pa stoga nema nikakvog razloga da se obveze u vezi s tim zahtjevom dužniku nametnu s obzirom na prijašnji trenutak stjecanja bez osnove.¹²⁷ Ako poduzeće više nije moguće vratiti *in natura* jer ga je dužnik preinačio nakon što ga je stekao bez osnove, vraćanje vrijednosti koristi namaknute stjecanjem poduzeća bez osnove utvrđuje se s obzirom na trenutak kad je poduzeće preinačeno.¹²⁸

S tim u vezi treba istaknuti još jedan problem koji prijeti kondikcijskom dužniku da dospije u položaj poput onoga između dvaju mlinskih kamena.¹²⁹ Prilikom određivanja sadržaja obveze s naslova neopravdanog obogaćenja dužnikov pravni položaj (s vremenskog stajališta!) prosuđuje se u pravilu prema različitim odredbama ZOO-a. Ako je kondikcijski dužnik bio pošten prije nego što je podignuta tužba zbog stjecanja poduzeća bez osnove, obavezan je poduzeće vratiti prema čl. 323. st. 1., čl. 1111. st. 1. i čl. 1115. ZOO-a. Na temelju tumačenja odredbe čl. 1115. ZOO-a proizlazi da je poštenu kondikcijski dužnik obavezan vratiti plodove i platiti zakonske zatezne kamate od dana podnošenja zahtjeva, odnosno tužbe za povrat. Preinači li poštenu kondikcijski dužnik poduzeće koje je stekao bez osnove prije nego što počne litispendencija,

¹²⁵ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 108. Koppensteiner, H.-G., Kramer, E. A., *op. cit.* u bilj. 1, str. 181, polaze pritom od trenutka kad su vođeni posljednji usmeni pregovori.

¹²⁶ Lorenz, S., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 31; Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 72 III. 5. a), str. 282; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 109.

¹²⁷ Lorenz, S., *op. cit.* u bilj. 1, § 818 Rbr. 31; Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 72 III. 5. a), str. 282; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 109.

¹²⁸ Schwintowski, H.-P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 591; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 109.

¹²⁹ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 109.

uživat će privilegij s naslova općeg kondikcijskog pravila po kojem je obvezan vratiti samo ono što mu je kao poštenom kondikcijskom dužniku preostalo u trenutku vraćanja. Poštenu kondikcijski dužnik obvezan je, dakle, vratiti vrijednost koristi koju je namaknuo tako što je tuđe poduzeće stekao bez osnove samo ako je u trenutku kad je nastala njegova kondikcijska obveza i dalje faktično bio neopravdano obogaćen.¹³⁰ Međutim, i dalje je moguć zahtjev za vraćanje vrijednosti postignute koristi gospodari li poštenu kondikcijski dužnik loše poduzećem koje je stekao bez osnove.¹³¹ Poštenu kondikcijski dužnik i u tom je slučaju obvezan vratiti poduzeće *in natura*, on nije obvezan sukladno čl. 323. st. 1, čl. 1111. st. 1. ZOO-a vratiti poduzeće kroz vraćanje vrijednosti postignute koristi – pritom i on uživa privilegij s naslova općeg kondikcijskog pravila po kojem je obvezan vratiti samo ono što mu je kao poštenom kondikcijskom dužniku preostalo u trenutku vraćanja. Poštenu kondikcijski dužnik ima pravo osloniti se na to da je pogoršanje stanja u kojem se nalazi poduzeće stečeno bez osnove rezultat ugovorom o kupoprodaji dogovorenog načina baratanja poduzećem. Gospodari li nepošteni kondikcijski dužnik loše poduzećem koje je stekao bez osnove, on je sukladno čl. 1115. ZOO-a obvezan vratiti plodove i platiti zakonske zatezne kamate – odnosno vratiti vjerovniku korist za koju je umanjio vrijednost poduzeća – od trenutka kad je doznao za to da je u kondikcijskoj obvezi, a najranije od trenutka kad je poduzeće stekao bez osnove ako je već tada bio nepošten. Poštenu kondikcijski dužnik ne snosi, za razliku od nepoštenog kondikcijskog vjerovnika, nikakve obveze kad u pravnom prometu barata tuđim poduzećem ili sa stvarima koje tobože s pravno konačnim učincima pripadaju njegovoj vlastitoj imovini.¹³²

Nakon što nastupi litispendencija, kondikcijski dužnik odgovara po strožim pravilima odredbe čl. 1115. ZOO-a. Dužnika nakon toga ne pogađa puka obveza da vrati predmet koji je stekao bez osnove – on je nakon toga obvezan vjerovniku naknaditi štetu koju mu je nanio time što je oštetio ili, pak, uništio njegovo poduzeće. Iste obveze dužnik ima i kad zbog nekog drugog razloga nije u mogućnosti vratiti poduzeće *in natura*. Nakon što nastupi litispendencija, kondikcijski dužnik ne odgovara samo za plodove/prinose koje je crpio za vrijeme svojeg stjecanja tuđeg poduzeća bez osnove, nego i za plodove koje bi tuđe poduzeće dalo da ga nije zanemario (vidi na odgovarajući način odredbu

¹³⁰ Larenz, K., Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 71 II. 1. str. 257; Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 109.

¹³¹ Tako Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV. Rbr. 55.

¹³² Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 109.

čl. 165. st. 1. ZV-a). Kondikcijski dužnik, nakon što nastupi litispendencija, snosi u načelu puni rizik za sve korisne troškove koje je izdvojio u cilju održavanja stanja u kojem se nalazi poduzeće. Preostaje mu samo zahtjev za naknadu nužnih troškova (čl. 1116. ZOO-a, čl. 165. st. 3. ZV-a); dakle, samo ako bi ti troškovi odgovarali izričitoj ili pretpostavljenoj volji punopravnog nositelja poduzeća. Tuženi dužnik odgovara vjerovniku za naknadu štete ne vrati li ili ne vrati li neoštećeno poduzeće.

Postavlja se naposljetku pitanje je li dužnik nakon što nastupi litispendencija obvezan "zamrznuti" poduzeće u stanju u kojem se ono trenutačno nalazi, je li on – drugim riječima – obvezan samo uz prethodnu suglasnost vjerovnika ulaziti u znatnije poduzetničke aktivnosti kojima poduzeće nastoji držati korak s turbulentnim tržišnim prilikama.¹³³ Vođenje poduzeća ne može se nikad ograničiti isključivo na to da se održava samo *status quo*.¹³⁴ Poduzeće nužno mora reagirati na tržišne prilike: poduzetnik jednostavno ne smije "držati ruke u džepovima".¹³⁵ Poduzetnik se ne može obvezati na poduzetničku pasivnost. Tuženik mora zadržati svoju načelnu poduzetničku slobodu cijelo vrijeme vođenja spora o vraćanju poduzeća (najčešće čitav niz godina!). Donese li on u tom smislu krive poduzetničke odluke, to samo po sebi ne bi smjelo rezultirati njegovom odgovornošću za naknadu štete.¹³⁶ Dužnikovi/tuženikovi standardi prilikom vođenja poduzeća prosuđuju se stoga prema mjerilima pozornosti urednog i poštenog gospodarstvenika sukladno odredbama čl. 252., čl. 430. ZTD-a. Odgovornost za naknadu štete snosi samo onaj tko uništi ili ošteti poduzeće – s *ex ante* stajališta – upuštajući se nakon počinjanja litispendencije u nerazumno rizične poslove.¹³⁷

VI. PROBLEM VRAĆANJA PODUZEĆA U VEZI S USPJEŠNIM POBIJANJEM PRAVNIH RADNJI STEČAJNOG DUŽNIKA KOJIMA SE PODUZEĆE PRENIJELO PRIJE OTVARANJA STEČAJNOG POSTUPKA

Izložena pravila o vraćanju poduzeća ne mogu se doslovno primijeniti kad poduzeće treba vratiti jer je ugovor o njegovu prijenosu poništen sukladno čl.

¹³³ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 110.

¹³⁴ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 110.

¹³⁵ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 110.

¹³⁶ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 110.

¹³⁷ Tako Schöne, T., *op. cit.* u bilj. 1, str. 110.

127. Stečajnog zakona. Stečajni upravitelj ima, naime, pravo na temelju čl. 141. SZ-a zahtijevati da se poduzeće vrati u stečajnu masu prenese li ga, primjerice, trgovac A – prije nego što je nad njim otvoren stečajni postupak – na svojeg poslovnog partnera B s namjerom da time ošteti svoje vjerovnike tako što će im faktično uskratiti namirenje. Osoba B u tom slučaju može snositi odgovornost prema vjerovnicima stečajne mase i prema stečajnom dužniku, kojega u tom slučaju zastupa stečajni upravitelj, i s naslova odredbe čl. 102. ZOO-a. Pravo pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika s naslova čl. 127. SZ-a po svojoj je pravnoj prirodi obveznopravni zahtjev za vraćanje.¹³⁸ Poduzeće, doduše, tada pripada osobi B, no ona ju je obvezna vratiti u stečajnu masu. Gospodarska zadaća pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika sastoji se u tome da se poduzeće ponovno stavi u funkciju namirenja stečajnih vjerovnika, i to upravo stoga što se bilo nedopušteno izmaknulo iz njihova dohvata u okviru stečajnog postupka. Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika razlikuje se od vraćanja poduzeća u slučajevima raskida i klasične ništavosti ugovora o kupoprodaji ili zakupu poduzeća po tome što se tada poduzeće, već po prirodi stečajnog postupka, uglavnom ne vraća *in natura*, kao cjelina, nego se mahom vraćaju pojedini predmeti u sastavu poduzeća na kojima je moguće provesti ovrhu. Nama u tom dijelu poredbeno njemačka sudska praksa ide korak predaleko – griješi kad to opravdava činjenicom da poduzeće kao cjelina nije predmet ovršnog postupka jer ono, osim predmeta na kojima se daje provesti ovrhu, obuhvaća i predmete na kojima se ona ne da provesti.¹³⁹ Tužba kojom se poništavaju pravne radnje stečajnog dužnika treba biti sačinjena u skladu s postupovnopравnim načelom određenosti tužbenog zahtjeva, no to ni u kojem slučaju samo po sebi ne isključuje mogućnost vraćanja poduzeća *in natura*, kao cjeline.¹⁴⁰ Koncept koji isključuje mogućnost vraćanja poduzeća *in natura* u stečajnu masu – pa na tom tragu i samo sagledavanje poduzeća kao posebnog predmeta pravnog prometa u sklopu stečajnog postupka – očito polazi od teze po kojoj je cilj stečaja kategorično, hitno unovčenje stečajne mase, odnosno hitno namirenje stečajnih vjerovnika iz ostvarenog utrška. Argumenti u prilog

¹³⁸ Posrijedi je vladajuće stajalište njemačkog prava koje je na odgovarajući način primjenljivo i na naše pravo uzme li se u obzir da se odredbe hrvatskog i njemačkog stečajnog i obveznog prava u tom dijelu podudaraju. Vidi pobliže o tome sa stajališta njemačkog prava Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 6 IV 2., str. 166.

¹³⁹ Kritički o toj njemačkoj sudskoj praksi vidi Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 6 IV 2., str. 167.

¹⁴⁰ Tako i Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 6 IV 2., str. 167; Trendelenburg, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1329.

teze o bespoštednom unovčenju stečajne mase, o trenutačnom gašenju svih životnih, poslovnih funkcija poduzeća samim trenutkom otvaranja stečajnog postupka, snažno slabe odvaži li se stečajni upravitelj nastaviti voditi poduzeće, a za to ima uporište i u SZ-u.¹⁴¹

VII. ZAKLJUČAK

Vraćanje poduzeća vraćanjem vrijednosti postignute koristi u smislu čl. 1111. st. 1. ZOO-a, dakle po pravilima o neopravdanom obogaćenju u slučaju ništavih ugovora o kupoprodaji ili zakupu poduzeća, moguće je samo sagleda li se poduzeće kao poseban, jedinstven i samostalan obveznopравни predmet pravnog i poslovnog prometa. Osim što može biti samostalan, jedinstven predmet obveznopравnih ugovora, poduzeće može biti isto takav predmet odnosa do kojih dođe prenese li ga se na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji ili zakupu poduzeća. Vraćanje poduzeća odvija se "zrcaljenjem" postupka u kojem dolazi do prijenosa poduzeća. "Sve što se primi na temelju ništavog ugovora" u smislu odredbe čl. 323. st. 1. ZOO-a obuhvaća, dakle, osim stvari, prava i tražbina, i poduzeće kao poseban, samostalan predmet pravnog prometa. Kad se odlučuje o tome treba li poduzeće vratiti *in natura*, ili pak vraćanjem vrijednosti postignute koristi, uvijek treba odgovoriti na temeljno pitanje: Kome u konačnici pripada zatečeno poduzeće kao jedinstven predmet pravnog prometa? Odlučujuće mjerilo pritom treba biti to je li poduzeće koje je prvotno stečeno bez osnove u konačnici preinačeno. Tek nakon što se riješi to pitanje moguće je odgovoriti na pitanje hoće li se poduzeće stečeno bez osnove vraćati po pravilima koja vrijede za vindikaciju ili, pak, po pravilima koja vrijede za kondikciju. *In natura* treba vratiti poduzeće koje se u tom smislu nije bitno promijenilo, a preinači li stjecatelj poduzeće, obvezan je vjerovniku umjesto poduzeća *in natura* s naslova čl. 1111. st. 1. ZOO-a vratiti vrijednost koristi za koju se neopravdano obogatio prvotno njegovim poduzećem.

Poduzeće je bitno preinačeno promijeni li se temeljito njegov identitet u razdoblju od njegova stjecanja bez osnove pa do njegova vraćanja. Uvijek treba imati u vidu promjenljivu pravnu prirodu poduzeća. Ulaganja u razvoj, modernizaciju i racionalizaciju poslovanja ne pridonose stoga promjeni, nego očuvanju identiteta poduzeća stečenog bez osnove. Radikalni zaokreti prvotno zacrtanog smjera poduzetničke aktivnosti, poput nastupanja na novim tržištima i oprobavanja u novim granama, snažan su, s druge strane, indicij promjene

¹⁴¹ Tako i Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 6 IV 2., str. 167.

identiteta poduzeća. Izmijeni li dužnik statut, tj. društveni ugovor u dijelu koji propisuje poslovne djelatnosti, treba uzeti da je poduzeće preinačeno tek nakon što se temeljito raspravi kako je ta promjena utjecala na konkretno poduzeće, a to jako ovisi o tome je li konkretno poduzeće monokulturalno ustrojeno/organizirano ili, pak, poduzetnički diversificirano, odnosno je li ustrojeno/organizirano kao konglomerat pogona.

Vraćanje poduzeća u slučaju ništavog ugovora o zakupu poduzeća pokazuje određene posebnosti prema vraćanju poduzeća u slučaju ništavih ugovora o kupoprodaji poduzeća. Preinačavanje poduzeća prepuštenog zakupoprimcu ništavim ugovorom u zakupu treba, naime, prihvatiti znatno uže nego kod ništavih ugovora o kupoprodaji poduzeća jer je kod zakupa poduzeća namjera ugovornih strana usmjerena upravo na to da se poduzeće na određeno vrijeme prepusti zakupoprimcu te da ga on o dospijeću vrati zakupodavcu *in natura*.¹⁴²

Sagleda li se poduzeće kao jedinstven predmet kondikcijskog zahtjeva, otvara se i problem vraćanja dobiti namaknute u sklopu dužnikova neopravdanog obogaćenja prvotno tuđim, vjerovnikovim poduzećem. Opće je stajalište da dobit tada pripada stjecatelju poduzeća, tj. kondikcijskom dužniku, te da u tom smislu nije nikakva pertinencija poduzeća koje treba vratiti. To nije stoga što je dužnik bio vrijedan, poduzetan i radišan, nego zbog toga što je vodeći poduzeće on, a ne kondikcijski vjerovnik, snosio sav poduzetnički rizik.¹⁴³ Zato treba zaključiti da se dobit namaknuta u sklopu dužnikova neopravdanog obogaćenja tuđim, vjerovnikovim poduzećem vraća samo posredno, i to po pravilima o objektivnim prinosima poduzeća. Posrijedi je stoga u načelu zakupnina, odnosno odgovarajuća naknada za korištenje poduzeća koju bi dužnik objektivno gledajući inače bio dužan namiriti vjerovniku kao imatelju poduzeća.¹⁴⁴ Drukčije treba suditi ako su na strani kondikcijskog dužnika ispunjene posebne pretpostavke iz čl. 1128., čl. 1122. st. 2. ZOO-a. Kondikcijski dužnik u svakom slučaju postaje nepošten danom podnošenja kondikcijskog zahtjeva.¹⁴⁵ Ako je kondikcijski dužnik otpočetak znao za to da je što stekao bez osnove ili ako je to poslije doznao – obvezan je vratiti stečeno od trenutka stjecanja, odnosno od trenutka kad je doznao za svoje stjecanje bez osnove, kao kad bi zahtjev za vraćanje bio pendentan od tog trenutka.

¹⁴² U tom smjeru i Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 593. O takvu karakteru ugovora o zakupu poduzeća vidi поближе Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1.

¹⁴³ U tom smjeru i Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 593.

¹⁴⁴ U tom smjeru i Ballerstedt, K., *op. cit.* u bilj. 1, str. 300; Schwintowski, H. P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 593; Canaris, C. W., *op. cit.* u bilj. 1, § 8 IV Rbr. 62.

¹⁴⁵ Vidi čl. 1115. ZOO-a.

Poduzeće kao kompleksna privatnopravna tvorevina svjedoči o stvaralačkoj pravnoj aktivnosti rasjeda stvarnopravnih i obveznopravnih civilističkih kora s obzirom na to da je obveznopravno shvaćanje poduzeća u konačnici kadro potisnuti naizgled neupitna stvarnopravna vindikacijska pravila. Promijeni li se njegov identitet, poduzeće stečeno na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća treba vratiti vraćanjem vrijednosti postignute koristi unatoč tome što su s uskog stvarnopravnog stajališta ispunjene sve pretpostavke za vindikaciju pojedinih stvari koje su i dalje ostale u njegovu sastavu.

Summary

Petar Miladin*

THE PROBLEM OF RETURNING A COMPANY ACQUIRED ON THE BASIS OF A VOID COMPANY PURCHASE AGREEMENT

It is hardly unusual today for a company to be the object of a legal or business transaction, but the specific features of companies in this context have not yet been clearly defined. These features become prominent during its transfer, but also during its returning following a transfer carried out on the basis of a void company purchase, lease or gift agreement. This paper looks at the provisions of Article 323, paragraph 1 and Article 1111, paragraph 1 of the Civil Obligations Act and elaborates on the conditions in which a company acquired on the basis of a void purchase agreement should be returned in kind, and when the value of the realised utility should be returned instead. The author defends the view that the mere possibility of returning the company's tangible property by vindication does not justify the returning of that property and, accordingly, of the company in kind. The fact that it is not possible to return a company in kind since it is impossible to return a company at all should be linked to the specific nature of a company as the object of a legal transaction, and not merely to the company's tangible property and claims. The paper tries to precisely specify the conditions in which a company acquired by way of a void purchase agreement cannot be returned in kind, and when the value of the realised utility should be returned instead. Special attention is given to the problem of returning the profits made while running a company acquired on the basis of a void company purchase agreement.

Key words: company, plant, asset deal, illicit profit, nullity

* Petar Miladin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb